# 1982 Volume 2

# Canada Supreme Court Reports

# Recueil des arrêts de la Cour Suprême du Canada


*Editors*

ANNE ROLAND, B.A., LL.L.

ARCHIBALD MCDONALD, B.A., LL.B., M.A.

CLAUDE MARQUIS, B.A., LL.L., D.D.N.

*Arrêtistes*

ANNE ROLAND, B.A., LL.L.

ARCHIBALD MCDONALD, B.A., LL.B., M.A.

CLAUDE MARQUIS, B.A., LL.L., D.D.N.



*Published pursuant to the Statute by*

BERNARD C. HOFLEY, Q.C.

*Registrar of the Court*

*Publié conformément à la Loi par*

BERNARD C. HOFLEY, c.r.

*Registraire de la Cour*



THE QUEEN'S PRINTER FOR CANADA © L'IMPRIMEUR DE LA REINE POUR LE CANADA
OTTAWA, 1982

# JUDGES

## OF THE

# SUPREME COURT OF CANADA

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

The Honourable RONALD MARTLAND

The Honourable ROLAND A. RITCHIE

The Honourable ROBERT GEORGE BRIAN DICKSON

The Honourable JEAN BEETZ

The Honourable WILLARD ZEBEDEE ESTEY

The Honourable WILLIAM ROGERS MCINTYRE

The Honourable JULIEN CHOUINARD

The Honourable ANTONIO LAMER

The Honourable BERTHA WILSON

---

**MEMORANDA**

On the 10th day of February, 1982, the Honourable RONALD MARTLAND, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, upon attaining the age of seventy-five years, retired from the Bench, pursuant to s. 9(2) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19.

# 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 ROLAND A. RITCHIE

L'honorable ROBERT GEORGE BRIAN DICKSON

L'honorable JEAN BEETZ

L'honorable WILLARD ZEBEDEE ESTEY

L'honorable WILLIAM ROGERS MCINTYRE

L'honorable JULIEN CHOUINARD

L'honorable ANTONIO LAMER

L'honorable BERTHA WILSON

---

**MEMORANDA**

Le 10 février 1982, l'honorable RONALD MARTLAND, juge puîné de la Cour suprême du Canada, ayant atteint l'âge de soixante-quinze ans, a pris sa retraite, conformément au par. 9(2) de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19.

## ERRATA

[1982] 1 S.C.R. p. xii, 1. 5. Read "leave to appeal refused with costs" instead of "to appeal refused with costs".

[1982] 1 S.C.R. p. 724, 1. g-2 of the French version. Read "à laquelle" instead of "auquel".

[1982] 2 S.C.R. p. 138, 1. g-3 and g-4 of the English version. Read "legislation" instead of "legislature".

[1982] 2 S.C.R. p. 761, 1. 1 of the French version. Read "rendus" instead of "rendu".

[1982] 1 R.C.S. p. xii, 1. 5. Lire «leave to appeal refused with costs» au lieu de «to appeal refused with costs».

[1982] 1 R.C.S. p. 724, 1. g-2 de la version française. Lire «à laquelle» au lieu de «auquel».

[1982] 2 R.C.S. p. 138, 1. g-3 et g-4 de la version anglaise. Lire «legislation» au lieu de «legislature».

[1982] 2 R.C.S. p. 761, 1. 1 de la version française. Lire «rendus» au lieu de «rendu».

# MOTIONS—REQUÊTES

*Abattoirs du Nord Ltée v. Laviolette et autre* (Qué.), 17244, leave to appeal refused with costs, 2.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Ademco Location Ltée v. Commission des Transports du Québec et autres* (Qué.), 17223, leave to appeal refused with costs, 22.9.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Aero Photo Inc. v. Audrain* (Qué.), 17332, leave to appeal refused with costs, 23.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Air Canada v. Cité de Dorval* (Qué.), 17290, leave to appeal granted, 23.11.82, autorisation d'appeler accordée.

*Allan v. Canada Permanent Trust Co.* (Sask.), 17155, leave to appeal refused with costs, 21.9.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Allan v. Kinloch* (Sask.), 17156, 17157, leave to appeal refused with costs, 21.9.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Allied Auto Parts Ltd. v. Canadian Transport Commission et al.* (Man.), 17218, leave to appeal and stay of execution refused with costs, 22.9.82, autorisation d'appeler et suspension d'exécution refusées avec dépens.

*Attar v. Sint-Clair et al.* (Ont.), 17192, leave to appeal refused, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée.

*Barnabe v. Cadieux* (Man.), 17317, leave to appeal refused with costs, 1.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Barrette-Chapais Ltée v. Brière et autre* (Qué.), 17327, leave to appeal refused with costs, 23.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Bassuta v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), 17351, leave to appeal refused, 15.11.82, autorisation d'appeler refusée.

*Bayko v. The Queen* (B.C.), 17002, leave to appeal refused, 20.12.82, autorisation d'appeler refusée.

*Béliveau v. Lafond* (Qué.), 17119, leave to appeal refused with costs, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Bell et al. v. The Queen* (Ont.), 17037, leave to appeal granted, 21.12.82, autorisation d'appeler accordée.

*Bertrand v. Nolan et autres* (Qué.), 17105, leave to appeal refused, 23.6.82, autorisation d'appeler refusée.

*Bertrand v. Nolan et autres* (Qué.), 17144, leave to appeal refused 22.7.82, autorisation d'appeler refusée.

*Bigelow v. The Queen* (Ont.), 17215, leave to appeal refused, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée.

*Blaker v. The Queen* (Ont.), 17257, leave to appeal refused, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée.

*Boles v. The Queen* (Alta.), 17137, leave to appeal refused, 9.8.82, autorisation d'appeler refusée.

*Bolus-Revelas-Bolus Ltd. et al. v. Trustee of the Estate of Royal Inns Canada Ltd.* (Ont.), 17310, leave to appeal refused with costs, 23.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Boulanger et autres v. Fédération des producteurs d'oeufs de consommation du Québec (FEDCO) et autres* (Qué.), 17294, leave to appeal refused with costs, 2.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Braun v. Co-Operative Fire & Casualty* (Alta.), 17429, appeal refused with costs, 20.12.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*British Columbia Development Corporation et al. v. Friedman et al.* (B.C.), 17213, leave to appeal granted, 22.9.82, autorisation d'appeler accordée.

*Bronicki v. The Queen* (B.C.), 17234, notice of discontinuance filed, 8.10.82, avis de désistement produit.

*Brown, an infant by his guardian ad litem, Larry Brown v. Baugh et al.* (B.C.), 17296, leave to appeal granted, 18.10.82, autorisation d'appeler accordée.

*Brunswick Construction Ltd. v. Fundy Ventilation Ltd. et al.* (N.B.), 17262, leave to appeal refused with costs, 4.10.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Bulger et autre v. Up-Right Aluminium Scaffolds Ltd. et autre* (Qué.), 17188, leave to appeal refused with costs, 21.9.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Bunn v. The Queen* (Man.), 17171, leave to appeal refused, 21.9.82, autorisation d'appeler refusée.

*Cae Electronics Ltd. v. Association des Ingénieurs et Scientifiques de Cae* (Qué.), 17267, leave to appeal refused with costs, 18.10.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Canadian Broadcasting League v. Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission and Canadian Cablesystems (Ontario) Ltd.* (F.C.A.), 17366, leave to appeal granted, 21.12.82, autorisation d'appeler accordée.

*Canadian Broadcasting League v. Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission and Kingston Cable T.V. Ltd.* (F.C.A.), 17367, leave to appeal granted, 21.12.82, autorisation d'appeler accordée.

*Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal* (Ont.), 17330, leave to appeal granted, 1.11.82, autorisation d'appeler accordée.

*Canadian Pacific Ltd. et al. v. CSP Foods Ltd. et al.* (F.C.A.), 17186, leave to appeal refused with costs, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Canadian Union of Public Employees v. Labour Relations Board (N.S.) et al.* (N.S.), 17256, leave to appeal granted, 14.10.82, autorisation d'appeler accordée.

*Cardinal et al. v. Director of Kent Institution* (B.C.), 17364, leave to appeal granted, 15.11.82, autorisation d'appeler accordée.

*Cardinal Insurance Co. v. Minister of State (Finance) et al.* (F.C.A.), 17210, leave to appeal refused, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée.

*Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke v. Crawford et autres* (Qué.), 17299, leave to appeal refused with costs, 2.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke v. Travenol Laboratories Inc.* (Qué.), 17298, leave to appeal refused with costs, 2.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Charlebois v. Sabourin* (Qué.), 17233, leave to appeal refused with costs, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Chevron Standard Ltd. v. Home Oil Co. Ltd. et al.* (Alta.), 17142, leave to appeal refused with costs, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Civobel Developments Ltd. v. York Condominium Corporation No. 460* (Ont.), 17395, leave to appeal refused with costs, 21.12.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Comeau v. The Queen* (Ont.), 17113, leave to appeal refused, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée.

*Coopérative fédérée du Québec v. Tribunal d'appel en matière d'inflation* (F.C.A.), 17292, leave to appeal refused with costs, 6.12.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Crooks v. The Queen* (Ont.), 17304, leave to appeal granted, 2.11.82, autorisation d'appeler accordée.

*Dawson v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), 17360, leave to appeal refused, 15.11.82, autorisation d'appeler refusée.

*DiDomizio v. The Queen* (Ont.), 17194, leave to appeal refused, 22.9.82, autorisation d'appeler refusée.

*Di Pietro et al. v. The Queen* (Ont.), 17337, leave to appeal granted, 6.12.82, autorisation d'appeler accordée.

*Dirks v. Marion* (Alta.), 17311, leave to appeal refused with costs, 1.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Dominion Stores Ltd. v. Retail, Wholesale and Department Store Union et al.* (Sask.), 17263, leave to appeal refused with costs, 4.10.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Donkin (Estate of Elizabeth Bugoy) v. Bugoy* (Sask.), 17269, leave to appeal granted, 4.10.82, autorisation d'appeler accordée.

*Drummond et al. v. The Queen* (Ont.), 17145, leave to appeal refused, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée.

*Dyck v. Manitoba Snowmobile Association Inc. et al.* (Man.), 17305, leave to appeal granted, 2.11.82, autorisation d'appeler accordée.

*Earle v. Dawe et al.* (Nfld.), 17309, leave to appeal refused with costs, 15.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Edenshaw et al. v. Minister of Forest of British Columbia et al.* (B.C.), 17413, leave to appeal refused with costs, 20.12.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Edwards v. Edwards* (Ont.), 17368, leave to appeal refused, 21.12.82, autorisation d'appeler refusée.

*Fanjoy v. The Queen* (Ont.), 17172, leave to appeal granted, 22.9.82, autorisation d'appeler accordée.

*Farquhar Bethune Insurance Ltd. v. The Queen* (F.C.A.), 17339, leave to appeal refused with costs, 6.12.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Finkelstein v. The Queen* (B.C.), 17118, leave to appeal refused, 18.10.82, autorisation d'appeler refusée.

*First City Developments Ltd. v. Arrowhead Securities Ltd. et al.* (B.C.), 17266, leave to appeal refused with costs, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd., et al. v. Waddell et al.* (B.C.), 17362, leave to appeal refused, 21.12.82, autorisation d'appeler refusée.

*Gagnon v. Administration de pilotage des Laurentides et autre* (Qué.), 17352, motion for extension of time refused with costs, 21.12.82, requête en prorogation de délai refusée avec dépens.

*Gagnon v. Poulin* (Qué.), 17381, leave to appeal refused with costs, 6.12.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Gentleman et al. v. Borg-Warner Acceptance Canada Ltd.* (N.B.), 17397, leave to appeal dismissed with costs, 20.12.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Giagnocavo v. The Queen* (Ont.), 17160, 17161, leave to appeal refused, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée.

*Gladstone Petroleum Ltd. v. Husky Oil (Alberta) Ltd.* (Sask.), 17329, leave to appeal refused with costs, 23.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Grant v. The Queen* (Ont.), 17197, leave to appeal refused, 21.9.82, autorisation d'appeler refusée.

*Guilbeault v. The Queen* (Ont.), 17418, leave to appeal dismissed, 21.12.82, autorisation d'appeler refusée.

*Hancock v. The Queen* (Ont.), 17363, leave to appeal refused, 6.12.82, autorisation d'appeler refusée.

*Harrison et al. v. The Queen* (Alta.), 17124, leave to appeal refused, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée.

*Hartel Holdings Co. Ltd. v. Council of City of Calgary* (Alta.), 17048, leave to appeal granted, 14.10.82, autorisation d'appeler accordée.

*Harvard House Capital Ltd. et al. v. Microwave Cablevision Ltd.* (B.C.), 17164, leave to appeal granted, 28.9.82, autorisation d'appeler accordée.

*Hawkshaw v. The Queen* (Ont.), 17308, leave to appeal granted, 1.11.82, autorisation d'appeler accordée.

*Hennessy v. Hennessy et al.* (Ont.), 17334, leave to appeal refused with costs, 15.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Herwynen v. The Queen* (Ont.), 17279, leave to appeal refused, 4.10.82, autorisation d'appeler refusée.

*Hoal Investments Ltd. et al. v. The Queen* (Ont.), 17127, leave to appeal refused, 9.8.82, autorisation d'appeler refusée.

*Hôpital Jean-Talon v. Syndicat professionnel des infirmières et infirmiers de Montréal* (Qué.), 17195, leave to appeal refused with costs, 21.9.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Hulleman (J.) Contracting Ltd. v. Royal Insurance Co. Ltd.* (Ont.), 17245, leave to appeal refused with costs, 4.10.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Hurren v. The Queen* (Ont.), 17073, leave to appeal refused, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée.

*Immeubles Cataraqui Inc. v. Procureur général du Québec et autre* (Qué.), 17349, leave to appeal refused with costs, 23.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Jack et al. v. The Queen in right of Canada* (B.C.), 17358, leave to appeal granted, 23.11.82, autorisation d'appeler accordée.

*Jackson v. The Queen* (N.S.), 17018, leave to appeal refused, 28.9.82, autorisation d'appeler refusée.

*Janzic v. The Queen* (Ont.), 17306, leave to appeal refused, 1.11.82, autorisation d'appeler refusée.

*John Maryon International Ltd. et al. v. New Brunswick Telephone Co. Ltd.* (N.B.), 17386, leave to appeal refused with costs, 21.12.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Johnston et al. v. West Fraser Timber Co. Ltd. et al.* (B.C.), 17173, leave to appeal refused with costs, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Jumbo Shipping Co. S.A. (Geneva) et al. v. All Transport Inc. et al.* (F.C.A.), 17109, leave to appeal refused with costs, 22.9.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Kesmark Marine Division of Kesmark Ltd. et al. v. International Union of Operating Engineers, Local 901* (Man.), 17315, leave to appeal refused with costs, 23.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Knight and Lauzon v. The Queen* (Ont.), 17145, leave to appeal refused, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée.

*Laferrière v. The Queen* (Ont.), 17318, leave to appeal refused, 21.12.82, autorisation d'appeler refusée.

*Lamb v. Lamb* (Ont.), 17394, leave to appeal granted, 6.12.82, autorisation d'appeler accordée.

*Langlois v. Clinique Roy-Rousseau* (Qué.), 17150, leave to appeal refused with costs, 22.7.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Lawrence v. The Queen* (N.S.), 17427, leave to appeal refused, 20.12.82, autorisation d'appeler refusée.

*Lee v. The Queen* (Man.), 17250, leave to appeal refused, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée.

*Légaré v. La Reine* (Qué.), 17231, leave to appeal refused, 23.11.82, autorisation d'appeler refusée.

*Leschenko v. Attorney General of Canada et al.* (F.C.A.), 17393, leave to appeal refused, 21.12.82, autorisation d'appeler refusée.

*Lucas-California Co. v. Charlottetown Metal Products Ltd.* (P.E.I.), 17129, leave to appeal refused with costs, 22.9.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*MacDonald v. Alderson et al.* (Man.), 17135, leave to appeal refused with costs, 28.9.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*MacDonald v. The Queen* (N.B.), 16729, leave to appeal refused, 9.8.82, autorisation d'appeler refusée.

*MacMillan Bloedel Ltd. v. An Appeal Board appointed pursuant to the Forest Act* (B.C.), 17277, leave to appeal refused with costs, 4.10.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*McArthur v. Barton* (B.C.), 17200, leave to appeal refused with costs, 21.9.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*McCluskey v. The Queen* (Ont.), 17101, leave to appeal refused, 21.9.82, autorisation d'appeler refusée.

*McDonald v. Town of Grand Falls* (Nfld.), 17248, leave to appeal refused with costs, 21.9.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*McLeod v. The Queen* (Ont.), 17249, leave to appeal refused, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée.

*Marcoux v. La Reine* (Qué.), 17326, leave to appeal refused, 23.11.82, autorisation d'appeler refusée.

*Mathieu et autres v. Couture et autres* (Qué.), 17271, leave to appeal refused, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée.

*Mediacom Industries Inc. et al. v. The Queen* (Ont.), 17127, leave to appeal refused, 9.8.82, autorisation d'appeler refusée.

*Meyer v. The Queen* (Ont.), 17259, leave to appeal refused, 21.9.82, autorisation d'appeler refusée.

*Michaud et Simard Inc. v. Commission Hydroélectrique de Québec* (Qué.), 17123, leave to appeal refused with costs, 22.7.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Minister of Employment and Immigration et al. v. Jiminez-Perez et al.* (F.C.A.), 17246, leave to appeal granted, 23.11.82, autorisation d'appeler accordée.

*Minister of Finance v. MacMillan Bloedel Ltd.* (B.C.), 17307, leave to appeal refused, 18.10.82, autorisation d'appeler refusée.

*Mireault v. Martinick* (Qué.), 17241, leave to appeal refused with costs, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Montréal (Ville de) v. Association des pompiers de Montréal Inc. et autre* (Qué.), 17297, leave to appeal refused with costs, 23.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Montréal (Ville de) v. Lalande* (Qué.), 17254, leave to appeal refused with costs, 18.10.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Morguard Properties Ltd. et al. v. City of Winnipeg* (Man.), 17350, leave to appeal granted, 23.11.82, autorisation d'appeler accordée.

*Morin v. Comité national chargé de l'examen des cas d'unité de détention et autres* (Qué.), 17336, leave to appeal granted, 15.11.82, autorisation d'appeler accordée.

*Morin et al. v. Racine* (Qué.), 17312, leave to appeal refused with costs, 23.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Morozuk v. The Queen* (Alta.), 17151, leave to appeal granted, 18.10.82, autorisation d'appeler accordée.

*Municipal District of Rockyview No. 44 v. Alberta Planning Board et al.* (Alta.), 17359, leave to appeal granted, 6.12.82, autorisation d'appeler accordée.

*Murrin v. The Queen* (Nfld.), 16546, leave to appeal refused, 28.9.82, autorisation d'appeler refusée.

*Nelson (Robert Hannes) Family Home Inc. et al. v. Springer Development Corporation Ltd.* (B.C.), 17098, leave to appeal refused, 21.9.82, autorisation d'appeler refusée.

*Nelson (Robert Hannes) Family Home Inc. et al. v. Springer Development Corporation Ltd.* (B.C.), 17388, leave to appeal refused, 6.12.82, autorisation d'appeler refusée.

*Nolan v. The Queen* (N.S.), 17422, leave to appeal granted, 20.12.82, autorisation d'appeler accordée.

*Nolin v. The Queen* (Man.), 17387, leave to appeal refused with costs, 21.12.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*O'Mally-Vincent (Ontario Human Rights Commission) v. Simpsons-Sears Ltd.* (Ont.), 17328, leave to appeal granted, 1.11.82, autorisation d'appeler accordée.

*Ontario Human Rights Commission (O'Malley-Vincent) v. Simpsons-Sears Ltd.* (Ont.), 17328, leave to appeal granted, 1.11.82, autorisation d'appeler accordée.

*Ottawa Citizen et al. v. Minister of Revenue* (Ont.), 17380, leave to appeal refused with costs, 6.12.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Paquin v. La Reine* (Qué.), 17221, leave to appeal refused, 21.9.82, autorisation d'appeler refusée.

*Parent v. The Queen* (Sask.), 17288, leave to appeal refused, 18.10.82, autorisation d'appeler refusée.

*Payne v. The Queen*, (Ont.), 17204, leave to appeal granted, 21.12.82, autorisation d'appeler accordée.

*Pearson (Edwin) v. The Queen* (Qué.), 17093, leave to appeal refused, 21.9.82, autorisation d'appeler refusée.

*Pearson (John Edwin) v. The Queen* (Qué.), 17092, leave to appeal refused, 21.9.82, autorisation d'appeler refusée.

*Perma-Shine Inc. v. Toronto-Dominion Bank* (Ont.), 17383, leave to appeal refused, 6.12.82, autorisation d'appeler refusée.

*Perreault v. Deschênes* (Qué.), 17214, leave to appeal refused with costs, 21.9.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Peters et al. v. Mason* (Ont.), 17283, leave to appeal refused with costs, 6.12.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Petrasuk v. Petrasuk* (Alta.), 17345, leave to appeal refused with costs, 23.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Petro-Canada Exploration, Inc. et al. v. Canadian Insulation Services Co. Ltd.* (Alta.), 17407, leave to appeal refused with costs, 20.12.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Procureur général du Québec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée* (Qué.), 17331, leave to appeal granted, 23.11.82, autorisation d'appeler accordée.

*Professional Institute of the Public Service of Canada v. Canadian Human Rights Commission et al.* (F.C.A.), 17341, leave to appeal refused, 15.11.82, autorisation d'appeler refusée.

*Provincial Agricultural Land Commission v. "The Village" Mobile Home Estates Ltd. et al.* (B.C.), 17414, leave to appeal refused with costs, 20.12.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*R. v. Bennett* (Ont.), 17202, leave to appeal refused, 4.10.82, autorisation d'appeler refusée.

*R. v. Brown et al.* (Alta.), 17361, leave to appeal refused, 23.11.82, autorisation d'appeler refusée.

*R. v. Covin (Douglas Roy)* (N.S.), 17402, leave to appeal granted, 20.12.82, autorisation d'appeler accordée.

*R. v. Covin (Wayne Joseph)* (N.S.), 17401, leave to appeal granted, 20.12.82, autorisation d'appeler accordée.

*R. v. Eldorado Nuclear Ltd. — Eldorado Nucléaire Ltée* (Ont.), 17175, leave to appeal granted, 22.9.82, autorisation d'appeler accordée.

*R. v. Gallant* (Qué.), 17222, leave to appeal refused, 21.9.82, autorisation d'appeler refusée.

*R. v. Gayle* (Alta.), 17212, leave to appeal refused, 22.9.82, autorisation d'appeler refusée.

*R. v. Hertrich et al.* (Ont.), 17139, leave to appeal refused, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée.

*R. v. Horne & Pitfield Foods Ltd.* (Alta.), 17206, leave to appeal granted, 4.10.82, autorisation d'appeler accordée.

*R. v. Izzard* (N.S.), 17167, leave to appeal refused, 22.9.82, autorisation d'appeler refusée.

*R. v. MacLean et al.* (Ont.), 17379, leave to appeal refused, 21.12.82, autorisation d'appeler refusée.

*R. v. Mannion* (Alta.), 17295, leave to appeal refused, 1.11.82, autorisation d'appeler refusée.

*R. v. Miller* (Ont.), 17333, leave to appeal granted, 1.11.82, autorisation d'appeler accordée.

*R. v. Neustaedter* (Alta.), 17373, leave to appeal refused, 6.12.82, autorisation d'appeler refusée.

*R. v. Sas* (Ont.), 17321, leave to appeal refused, 1.11.82, autorisation d'appeler refusée.

*R. v. Uranium Canada, Ltd. — Uranium Canada Ltée* (Ont.), 17176, leave to appeal granted, 22.9.82, autorisation d'appeler accordée.

*R. v. White* (Nfld.), 17438, leave to appeal refused, 20.12.82, autorisation d'appeler refusée.

*R. in right of Canada v. Bank of Montreal et al.* (Alta.), 16114, notice of discontinuance filed, 6.8.82, avis de désistement produit.

*R. in right of Canada v. Provincial Treasurer of Alberta et al.* (Alta.), 16114, notice of discontinuance filed, 6.8.82, avis de désistement produit.

*Radocsay v. Bank of Nova Scotia* (Ont.), 16825, notice of discontinuance filed, 6.12.82, avis de désistement produit.

*Reilly v. The Queen* (Ont.), 17165, leave to appeal granted, 22.7.82, autorisation d'appeler accordée.

*Robitaille v. American Biltrite (Canada) Ltée* (Qué.), 17286, leave to appeal granted, 2.11.82, autorisation d'appeler accordée.

*Roxburgh v. Restrictive Trade Practices Commission* (F.C.A.), 17406, leave to appeal refused with costs, 21.12.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Saint-Pierre (Ville) v. Conseil scolaire de l'Île de Montréal* (Qué.), 17276, leave to appeal refused with costs, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Sambrooke v. The Queen* (Alta.), 17340, leave to appeal refused, 15.11.82, autorisation d'appeler refusée.

*Sauriol v. Jean* (Qué.), 17354, leave to appeal refused with costs, 6.12.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Sauvé v. The Queen* (Ont.), 17260, leave to appeal refused, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée.

*Scherer v. Trustee in bankruptcy of the Estate Agil Holdings Ltd. et al.* (Ont.), 17424, leave to appeal refused with costs, 21.12.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Scotsburn Co-operative Services Ltd. v. W.T. Goodwin Ltd.* (N.S.), 17255, leave to appeal granted, 14.10.82, autorisation d'appeler accordée.

*Sénécal v. Ducharme* (Qué.), 17247, leave to appeal refused with costs, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Shaw (Estate of Gordon Vernon) et al. v. Roemer* (N.S.), 17291, leave to appeal refused with costs, 6.12.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Shindle et al. v. City of Yorktown* (Sask.), 17289, leave to appeal refused with costs, 2.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Ship "Odine" et autres v. Transports Insurance Co. Inc.* (F.C.A.), 17203, leave to appeal refused with costs, 22.9.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Singer (Henry) Ltd. et al. v. Holt, Renfrew & Co. Ltd. et al.* (Alta.), 17146, leave to appeal refused with costs, 21.9.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Sorenson v. Minister of National Revenue (Taxation)* (F.C.A.), 17261, leave to appeal refused, 18.10.82, autorisation d'appeler refusée.

*Spence v. Bell* (Alta.), 17357, leave to appeal refused with costs, 15.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Stuart v. Attorney General of Canada* (F.C.A.), 17281, leave to appeal refused, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée.

*Syndicat de l'enseignement de la région de Drummond et autre v. Laflamme et autres* (Qué.), 17284, leave to appeal refused with costs, 2.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Syndicat national de l'amiante de East Broughton Inc. v. Tremblay* (Qué.), 17346, leave to appeal refused with costs, 23.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Tenorio v. La Reine* (Qué.), 17287, leave to appeal refused, 2.11.82, autorisation d'appeler refusée.

*Thompson III v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), 17187, leave to appeal refused, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée.

*Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen* (Alta.), 17125, leave to appeal granted, 9.8.82, autorisation d'appeler accordée.

*Travenol Laboratories Inc. v. Crawford et autres* (Qué.), 17253, leave to appeal refused with costs, 2.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Tremblay v. The Queen* (Alta.), 17265, leave to appeal refused, 1.11.82, autorisation d'appeler refusée.

*Tucker v. The Queen* (Ont.), 17232, leave to appeal refused, 21.9.82, autorisation d'appeler refusée.

*Turmel v. Bouey* (F.C.A.), 17314, leave to appeal refused with costs, 23.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Universal Plastic Signs Inc. v. A. Quenneville Construction Ltée* (Qué.), 17226, leave to appeal refused with costs, 22.9.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Vachon v. Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada et autre* (F.C.A.), 17252, leave to appeal granted, 2.11.82, autorisation d'appeler accordée.

*Verlen Holdings Ltd. et al. v. Seymour Investments Ltd.* (B.C.), 17280, leave to appeal refused with costs, 4.10.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Verreault Navigation Inc. v. Conseil canadien des relations du travail et autre* (F.C.A.), 17258, leave to appeal refused with costs, 14.10.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Versatile Corporation v. Giasson* (Qué.), 17273, leave to appeal refused with costs, 2.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Vigeant v. La Reine* (Qué.), 17415, leave to appeal refused, 21.12.82, autorisation d'appeler refusée.

*Walder v. Town of Didsbury* (Alta.), 17136, leave to appeal refused with costs, 28.9.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Walter-Ball et al. v. The Queen* (Sask.), 17185, leave to appeal refused, 21.9.82, autorisation d'appeler refusée.

*Westcoast Transmission Co. Ltd. v. Majestic Wiley Contractors Ltd.* (B.C.), 17324, leave to appeal refused with costs, 23.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Whitmore et al. v. Katz* (Ont.), 17205, leave to appeal refused with costs, 1.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Whitmore et al. v. Kawartha Equipment Sales Rental Ltd.* (Ont.), 17205, leave to appeal refused with costs, 1.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Wilson et al. v. Armitage* (Ont.), 17282, leave to appeal refused with costs, 18.10.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Wong v. Bernick* (Ont.), 17251, leave to appeal refused, 21.9.82, autorisation d'appeler refusée.

*Workers' Compensation Board of British Columbia v. Evans* (B.C.), 17347, leave to appeal refused with costs, 15.11.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

*Young et al. v. Caisse Populaire Laurier d'Ottawa Ltée et al.* (Ont.), 17293, leave to appeal refused with costs, 18.10.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

# TABLE OF JUDGMENTS


PAGE

## A

A.N. Bail Co. v. Gingras *et al.* ..... 475
Abbey, R. v. ..... 24
Amato v. The Queen ..... 418
Arnow v. Minister of Employment and Immigration ..... 603
Association canadienne-française de l'Ontario v. Attorney General of Quebec *et al.* (*Motion*) .. 789
Atco Ltd. *et al.* v. Calgary Power Ltd. *et al.* ..... 557
Atco Ltd. *et al.*, Canadian Utilities Ltd. *et al.* v..... 557
Attorney General of Canada *et al.* v. Law Society of British Columbia *et al.* ..... 307
Attorney General of Newfoundland, Newfoundland and Labrador Corporation Ltd. *et al.* v... 260
Attorney General of Quebec *et al.*, Association canadienne-française de l'Ontario v. (*Motion*) ..... 789

## B

Bank of Nova Scotia, Fok Cheong Shing Investments Co. v. ..... 488
Basarabas v. The Queen ..... 730
Bennett v. The Queen ..... 582
Beson *et al.* v. Director of Child Welfare (Nfld.)... 716
Brisson v. The Queen ..... 227

## C

Calgary Power Ltd. *et al.*, Atco Ltd. *et al.* v. ..... 557
Canadian Union of Public Employees *et al.* v. The Queen in right of New Brunswick ..... 587
Canadian Utilities Ltd. *et al.* v. Atco Ltd. *et al.*..... 557
Capital Regional District v. Concerned Citizens of British Columbia *et al.* ..... 842

PAGE

Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. v. Commission Hydro-Electrique de Québec ..... 79
City of Ottawa *et al.*, St. Peter's Evangelical Lutheran Church, Ottawa v. ..... 616
Commission Hydro-Electrique de Québec, Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. v. ..... 79
Commission Hydro-Electrique de Québec, R. in right of Newfoundland v. ..... 79
Commissioner of Patents, Shell Oil Co. v. ..... 536
Concerned Citizens of British Columbia *et al.*, Capital Regional District v. ..... 842
Corpex (1977) Inc. v. The Queen in right of Canada ..... 643
Corpex (1977) Inc. v. The Queen in right of Canada (*Motion and re-hearing*) ..... 674
Corriveau *et al.*, Travelers Insurance Co. of Canada v. ..... 866

## D

Detering v. The Queen ..... 583
Director of Child Welfare (Nfld.), Beson *et al.* v... 716
Dovenmuehle, Inc. v. The Rocca Group Inc. ..... 534
Dunn, R. v. ..... 677
Durham Regional Board of Commissioners of Police, Durham Regional Police Association v. ..... 709
Durham Regional Police Association v. Durham Regional Board of Commissioners of Police ... 709

## F

Fok Cheong Shing Investments Co. v. Bank of Nova Scotia ..... 488
Francis *et al.*, Public Service Alliance of Canada v. ..... 72

PAGE

G

G & N School Bus Service Inc. and Minitsos v. The Queen ... 530
Gardiner, R. v. ... 368
Gee, R. v. ... 286
Gingras *et al.*, A.N. Bail Co. v. ... 475
Government of Canada, Maple Lodge Farms Ltd. v. ... 2
Graat v. The Queen ... 819
Grand Council of the Crees (Que.) Re: (*Motion*) ... 791

H

Hagenlocher, R. v. ... 531
Hammerling v. The Queen ... 905
Harris *et al.*, Marvco Color Research Ltd. v. ... 774
Heerspink *et al.*, Insurance Corporation of British Columbia v. ... 145

I

Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink *et al.* ... 145

J

Jabour v. Law Society of British Columbia *et al.* ... 307

K

Kwiatkowsky v. Minister of Employment and Immigration ... 856

L

Law Society of British Columbia *et al.*, Attorney General of Canada *et al.* v. ... 307
Law Society of British Columbia *et al.*, Jabour v. ... 307
Leatherdale v. Leatherdale ... 743
Lowden v. The Queen ... 60

PAGE

M

MacDougall, R. v. ... 605
MacKenzie *et al.*, Regional Municipality of Peel v. ... 9
Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada ... 2
Marvco Color Research Ltd. v. Harris *et al.* ... 774
McCutcheon *et al.*, Multiple Access Ltd. v. ... 161
Melford Developments Inc., R. v. ... 504
Minister of Employment and Immigration, Arnow v. ... 603
Minister of Employment and Immigration, Kwiatkowsky v. ... 856
Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville *et al.* ... 518
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon *et al.* ... 161

N

Newfoundland and Labrador Corporation Ltd. *et al.* v. Attorney General of Newfoundland ... 260

O

Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution, Re: ... 793

P

Petersen v. The Queen ... 493
Public Service Alliance of Canada v. Francis *et al.* 72

R

R. in right of Newfoundland v. Commission Hydro-Electrique de Québec ... 79
R. v. Abbey ... 24
R. v. Dunn ... 677
R. v. Gardiner ... 368
R. v. Gee ... 286
R. v. Hagenlocher ... 531
R. v. MacDougall ... 605
R. v. Melford Developments Inc. ... 504

PAGE

R. v. Skolnick ..... 47
Ranville *et al.*, Minister of Indian Affairs and Northern Development v. ..... 518
Regional Municipality of Peel v. MacKenzie *et al.* 9
Robar v. The Queen ..... 532
Roberval Express Ltée v. Transport Drivers, Warehousemen and General Workers Union, Local 106, *et al.* ..... 888

S

Schneider v. The Queen in Right of British Columbia ..... 112
Shell Oil Co. v. Commissioner of Patents ..... 536
Skolnick, R. v. ..... 47
Smallwood v. Sparling ..... 686
Sparling, Smallwood v. ..... 686
Spek v. The Queen ..... 730
St. Peter's Evangelical Lutheran Church, Ottawa v. City of Ottawa *et al.* ..... 616

T

The Queen in Right of British Columbia, Schneider v. ..... 112
The Queen in right of Canada, Corpex (1977) Inc. v. ..... 643

PAGE

The Queen in right of Canada, Corpex (1977) Inc. v. (*Motion and re-hearing*) ..... 674
The Queen in right of Canada, Vachon v. ..... 604
The Queen in right of New Brunswick, Canadian Union of Public Employees *et al.* v. ..... 587
The Queen, Amato v. ..... 418
The Queen, Basarabas v. ..... 730
The Queen, Bennett v. ..... 582
The Queen, Brisson v. ..... 227
The Queen, Detering v. ..... 583
The Queen, G & N School Bus Service Inc. and Minitsos v. ..... 530
The Queen, Graat v. ..... 819
The Queen, Hammerling v. ..... 905
The Queen, Lowden v. ..... 60
The Queen, Petersen v. ..... 493
The Queen, Robar v. ..... 532
The Queen, Spek v. ..... 730
The Rocca Group Inc., Dovenmuehle, Inc. v. ..... 534
Transport Drivers, Warehousemen and General Workers Union, Local 106, *et al.*, Roberval Express Ltée v. ..... 888
Travelers Insurance Co. of Canada v. Corriveau *et al.* ..... 866

V

Vachon v. The Queen in right of Canada ..... 604

# TABLE DES JUGEMENTS


PAGE

## A

A.N. Bail Co. c. Gingras *et autre* ..... 475
Abbey, R. c. ..... 24
Alliance de la Fonction publique du Canada c. Francis *et autres* ..... 72
Amato c. La Reine ..... 418
Arnow c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration ..... 603
Association canadienne-française de l'Ontario c. Procureur général du Québec *et autre* (*Requête*) ..... 789
Atco Ltd. *et autre* c. Calgary Power Ltd. *et autres* 557
Atco Ltd. *et autres*, Canadian Utilities Ltd. *et autres* c. ..... 557

## B

Banque de Nouvelle-Écosse, Fok Cheong Shing Investments Co. c. ..... 488
Basarabas c. La Reine ..... 730
Bennett c. La Reine ..... 582
Beson *et autre* c. Director of Child Welfare (T.-N.) ..... 716
Brisson c. La Reine ..... 227

## C

Calgary Power Ltd. *et autres*, Atco Ltd. *et autre* c. ..... 557
Canadian Utilities Ltd. *et autres* c. Atco Ltd. *et autres* ..... 557
Capital Regional District c. Concerned Citizens of British Columbia *et autres* ..... 842
Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltée. c. Commission Hydro-Electrique de Québec ..... 79
Commissaire des brevets, Shell Oil Co. c. ..... 536
Commission Hydro-Electrique de Québec, Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltée. c. ..... 79

PAGE

Commission Hydro-Electrique de Québec, R. du chef de Terre-Neuve c. ..... 79
Concerned Citizens of British Columbia *et autres*, Capital Regional District c. ..... 842
Corpex (1977) Inc. c. La Reine du chef du Canada ..... 643
Corpex (1977) Inc. c. La Reine du chef du Canada (*Requête et nouvelle audition*) ..... 674
Corriveau *et autre*, Travelers du Canada (compagnie d'assurance) c. ..... 866

## D

Detering c. La Reine ..... 583
Director of Child Welfare (T.-N.), Beson *et autre* c. ..... 716
Dovenmuehle, Inc. c. The Rocca Group Inc. ..... 534
Dunn, R. c. ..... 677
Durham Regional Board of Commissioners of Police, Durham Regional Police Association c. ..... 709
Durham Regional Police Association c. Durham Regional Board of Commissioners of Police ... 709

## E

Eglise luthérienne évangélique St. Peter d'Ottawa c. Ville d'Ottawa *et autre* ..... 616

## F

Fok Cheong Shing Investments Co. c. Banque de Nouvelle-Écosse ..... 488
Francis *et autres*, Alliance de la Fonction publique du Canada c. ..... 72

PAGE

G

G & N School Bus Service Inc. et Minitsos c. La Reine ... 530
Gardiner, R. c. ... 368
Gee, R. c. ... 286
Gingras *et autre*, A.N. Bail Co. c. ... 475
Gouvernement du Canada, Maple Lodge Farms Ltd. c. ... 2
Graat c. La Reine ... 819
Grand Council of the Crees (Qué.) Re: (*Requête*) ... 791

H

Hagenlocher, R. c. ... 531
Hammerling c. La Reine ... 905
Harris *et autre*, Marvco Color Research Ltd. c. ... 774
Heerspink *et autre*, Insurance Corporation of British Columbia c. ... 145

I

Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink *et autre* ... 145

J

Jabour c. Law Society of British Columbia *et autre* ... 307

K

Kwiatkowsky c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration ... 856

L

La Reine du chef de la Colombie-Britannique, Schneider c. ... 112
La Reine du chef du Canada, Corpex (1977) Inc. c. ... 643
La Reine du chef du Canada, Corpex (1977) Inc. c. (*Requête et nouvelle audition*) ... 674

PAGE

La Reine du chef du Canada, Vachon c. ... 604
La Reine du chef du Nouveau-Brunswick, Syndicat canadien de la fonction publique *et autre* c. ... 587
La Reine, Amato c. ... 418
La Reine, Basarabas c. ... 730
La Reine, Bennett c. ... 582
La Reine, Brisson c. ... 227
La Reine, Detering c. ... 583
La Reine, G & N School Bus Service Inc. et Minitsos c. ... 530
La Reine, Graat c. ... 819
La Reine, Hammerling c. ... 905
La Reine, Lowden c. ... 60
La Reine, Petersen c. ... 493
La Reine, Robar c. ... 532
La Reine, Spek c. ... 730
Law Society of British Columbia *et autre*, Jabour c. ... 307
Law Society of British Columbia *et autre*, Procureur général du Canada *et autres* c. ... 307
Leatherdale c. Leatherdale ... 743
Lowden c. La Reine ... 60

M

MacDougall, R. c. ... 605
MacKenzie *et autre*, Municipalité régionale de Peel c. ... 9
Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada ... 2
Marvco Color Research Ltd. c. Harris *et autre* ... 774
McCutcheon *et autres*, Multiple Access Ltd. c. ... 161
Melford Developments Inc., R. c. ... 504
Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, Arnow c. ... 603
Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, Kwiatkowsky c. ... 856
Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville *et autre* ... 518
Multiple Access Ltd. c. McCutcheon *et autres* ... 161
Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie *et autre* ... 9

N

Newfoundland and Labrador Corporation Ltd. *et autre* c. Procureur général de Terre-Neuve ... 260

PAGE

## O

Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution, Re: ... 793

## P

Petersen c. La Reine ... 493
Procureur général de Terre-Neuve, Newfoundland and Labrador Corporation Ltd. *et autre* c. ... 260
Procureur général du Canada *et autres* c. Law Society of British Columbia *et autre* ... 307
Procureur général du Québec *et autre*, Association canadienne-française de l'Ontario c. (*Requête*) ... 789

## R

R. du chef de Terre-Neuve c. Commission Hydro-Electrique de Québec ... 79
R. c. Abbey ... 24
R. c. Dunn ... 677
R. c. Gardiner ... 368
R. c. Gee ... 286
R. c. Hagenlocher ... 531
R. c. MacDougall ... 605
R. c. Melford Developments Inc. ... 504
R. c. Skolnick ... 47
Ranville *et autre*, Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. ... 518
Robar c. La Reine ... 532
Roberval Express Ltée c. Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106, *et autres* ... 888

PAGE

## S

Schneider c. La Reine du chef de la Colombie-Britannique ... 112
Shell Oil Co. c. Commissaire des brevets ... 536
Skolnick, R. c. ... 47
Smallwood c. Sparling ... 686
Sparling, Smallwood c. ... 686
Spek c. La Reine ... 730
Syndicat canadien de la fonction publique *et autre* c. La Reine du chef du Nouveau-Brunswick ... 587

## T

The Rocca Group Inc., Dovenmuehle, Inc. c. ... 534
Travelers du Canada (compagnie d'assurance) c. Corriveau *et autre* ... 866

## U

Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106, *et autres*, Roberval Express Ltée c. ... 888

## V

Vachon c. La Reine du chef du Canada ... 604
Ville d'Ottawa *et autre*, Eglise luthérienne évangélique St. Peter d'Ottawa c. ... 616

# TABLE OF CASES CITED

# TABLE DES CAUSES CITÉES


| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| **A** | | |
| A. v. Liverpool City Council and another | [1981] 2 All E.R. 385 | 722 |
| A.G. (Ruddy) v. Kenny | (1959), 94 I.T.L.R. 185 | 829 |
| A.V.G. Management Science Ltd. v. Barwell Developments Ltd. | [1979] 2 S.C.R. 43 | 527 |
| Abitibi Paper Company Limited and The Queen, (Re) | (1979), 24 O.R. (2d) 742 | 455 |
| Agripat S.A. v. Commissioner of Patents | (1977), 52 C.P.R. (2d) 229 affirming (1976), 52 C.P.R. (2d) 220 | 539, 542 |
| Alberton Fisheries Ltd. v. The King | (1944), 17 M.P.R. 457 | 408 |
| Aleksovski v. The Queen | [1979] W.A.R. 1 | 251 |
| Alleghany Corp. v. Breswick & Co. | (1957), 353 U.S. 151 | 580 |
| Alworth v. Minister of Finance | [1978] 1 S.C.R. 447 | 282 |
| American Sumatra Tobacco Corp. v. Securities and Exchange Commission | 110 F. 2d 117 | 214 |
| Amsden v. Rogers | (1916), 26 C.C.C. 389 | 438 |
| Army and Navy Department Store Ltd. v. Minister of National Revenue | [1953] 2 S.C.R. 496 | 576 |
| Asselin and The Queen, (Re) | (1979), 55 C.C.C. (2d) 332 | 455 |
| Associates Corporation of North America v. The Queen | [1980] 2 F.C. 377 affirmed [1980] 2 F.C. 382 | 516 |
| Association of Radio and Television Employees of Canada (CUPE-CLC) v. Canadian Broadcasting Corp. | [1975] 1 S.C.R. 118 | 896 |
| Atlas Construction Co. v. City of Montreal | [1954] C.S. 350. | 664 |
| Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Company | [1950] A.C. 87 | 277 |
| Attorney General for Canada and Dupond v. Montreal | [1978] 2 S.C.R. 770 | 134 |
| Attorney General for Canada v. Attorney-General for British Columbia | [1930] A.C. 111 | 204 |
| Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario | [1937] A.C. 326 | 134, 364 |
| Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada | [1929] A.C. 260 | 178, 202 |
| Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion | [1896] A.C. 348 | 132, 204 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation | [1946] A.C. 193 | 131, 141 |
| Attorney General of British Columbia v. Smith | [1967] S.C.R. 702 | 14 |
| Attorney General of Canada et al. v. Canard | [1976] 1 S.C.R. 170 | 327 |
| Attorney General of Canada v. Lavell | [1974] S.C.R. 1349 | 526 |
| Attorney-General of Manitoba v. Manitoba License Holders' Association | [1902] A.C. 73 | 132 |
| Attorney-General of Newfoundland v. Churchill Falls (Labrador) Corp. | (1980), 109 D.L.R. (3d) 146 | 89 |
| Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada | [1979] 1 S.C.R. 218 | 693 |
| Attorney General of Quebec v. Farrah | [1978] 2 S.C.R. 638 | 854 |
| Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd. | [1975] 3 All E.R. 484 | 706 |


## B


| | | |
|---|---|---|
| Bank of England v. Vaglians Brothers | [1891] A.C. 107 | 490 |
| Bank of Nova Scotia v. Battiste | (1979), 22 Nfld. & P.E.I.R. 192 | 785 |
| Barlow v. Teal | (1885), 15 Q.B.D. 403 | 580 |
| Barnett v. Harrison | [1976] 2 S.C.R. 531 | 527 |
| Batchelor v. The Queen | [1978] 2 S.C.R. 988 | 500 |
| Bates v. State Bar of Arizona | (1977), 433 U.S. 350 | 359 |
| Bell v. The Queen | [1979] 2 S.C.R. 212 | 527 |
| Bennett and White Construction Co. v. Minister of National Revenue | [1949] S.C.R. 287 | 509 |
| Bierkowski v. Pearson | (1971), 18 F.L.R. 110 | 409 |
| Binus v. The Queen | [1967] S.C.R. 594 | 527, 528 |
| Blackie v. Police | [1966] N.Z.L.R. 910 | 831 |
| Board of Education for the Borough of Etobicoke and Canadian Union of Public Employees, Re | [1973] 1 O.R. 437 | 714 |
| Boardman v. Phipps | [1967] 2 A.C. 46 | 220 |
| Bowack, Re | (1892), 2 B.C.L.R. 216 | 133, 141 |
| Bregman v. Bregman | (1978), 21 O.R. (2d) 722, aff'd (1979), 25 O.R. (2d) 254 | 757 |
| Bridgman and City of Toronto, (Re) | [1951] O.R. 489 | 341 |
| Brisson v. The Queen | [1982] 2 S.C.R. 227 | 300 |
| British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners | [1943] A.C. 335 | 577 |
| British Columbia Power Corporation, Ltd. v. British Columbia Electric Company, et al. | [1962] S.C.R. 642 | 330 |
| Broome v. Broome | [1955] 1 All E.R. 201 | 705 |
| Browne v. Smith | (1974), 4 A.L.R. 114 | 409 |
| Brusch v. The Queen | [1953] 1 S.C.R. | 373 |
| Buckerfield's Limited v. Minister of National Revenue | [1965] 1 Ex. C.R. 299 | 577 |
| Burmah Oil Co. v. Bank of England | [1979] 3 All E.R. 700 | 701 |
| Burrows v. Hanlin | [1930] S.A.S.R. 54 | 830 |
| Burton Parsons Chemicals Inc. v. Hewlett-Packard (Canada) Ltd. | [1976] 1 S.C.R. 555 | 543 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| **C** | | |
| C.F.R.B. and Attorney General for Canada, Re | [1973] 3 O.R. 819 | 131 |
| Campisi v. Procureur général du Québec | [1978] C.A. 520 | 109 |
| Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley | [1974] S.C.R. 592 | 220 |
| Canadian Imperial Bank of Commerce v. Kanadian Kiddee Photo Ltd. and Romano | [1979] 3 W.W.R. 256 | 785 |
| Canadian Indemnity Company v. Attorney-General of British Columbia | [1977] 2 S.C.R. 504 | 139, 185 |
| Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan | [1978] 2 S.C.R. 545 | 270 |
| Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission | [1978] 2 S.C.R. 141 | 527 |
| Carlisle and Cumberland Banking Co. v. Bragg | [1911] 1 K.B. 489 | 778 |
| Carnation Co. Ltd. v. Quebec Agricultural Marketing Board | [1968] S.C.R. 238 | 284 |
| Cataract Ice Ltd. and B.P. Oil Ltd., (Re) | (1981), 31 O.R. (2d) 644 | 525 |
| Chagnon v. Normand | (1889), 16 S.C.R. 661 | 394 |
| Cherry v. The King ex rel. Wood | (1937), 69 C.C.C. 219 | 349 |
| Christie v. Britnell | (1895), 21 V.L.R. 71 | 50 |
| Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons | (1881), 7 App. Cas. 96 | 175 |
| City of Hamilton v. Hamilton Harbour Commissioners | [1972] 3 O.R. 61 | 329 |
| City of Toronto v. Grand Trunk Railway Co. | (1906), 37 S.C.R. 232 | 16 |
| Clement v. The Queen | (1955), 22 C.R. 290 | 739 |
| Codere | (1916), 12 Cr. App. R. 21 | 34 |
| Collins v. The Queen | [1980] 1 F.C. 146 | 525 |
| Colpitts v. The Queen | [1965] S.C.R. 739 | 237 |
| Commercial Credit Corporation Ltd. v. Carroll Bros. Ltd. | (1971), 20 D.L.R. (3d) 504 | 784 |
| Commissioner of Patents v. Ciba Ltd. | [1959] S.C.R. 378 | 545 |
| Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning | [1964] S.C.R. 49 | 539 |
| Commissioner of Patents v. Winthrop Chemical Co. | [1948] S.C.R. 46 | 546 |
| Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez | [1975] 1 S.C.R. 228 | 527 |
| Connelly v. Director of Public Prosecutions | [1964] A.C. 1254 | 450 |
| Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission | [1979] 1 S.C.R. 754 | 140, 172 |
| Continental Soya Co. v. J. R. Short Milling Company (Canada) Ltd. | [1942] S.C.R. 187 | 546 |
| Conway v. Rimmer | [1968] A.C. 910 | 701 |
| Cook v. Deeks | [1916] 1 A.C. 554 | 220 |
| Cooper v. The Queen | [1980] 1 S.C.R. 1149 | 29 |
| Corporation of the City of Toronto v. Canadian Pacific Railway Co. | [1908] A.C. 54 | 16 |
| Corporation of the City of Toronto v. The King | [1932] A.C. 98 | 17 |
| County of Carleton v. City of Ottawa | (1909), 41 S.C.R. 552 | 16 |
| Covert v. Minister of Finance of the Province of Nova Scotia | [1980] 2 S.C.R. 774 | 576 |
| Crevier v. Attorney General of Quebec | [1981] 2 S.C.R. 220 | 853 |
| Cully v. Ferdais | (1900), 30 S.C.R. 330 | 394 |
| Curr v. The Queen | [1972] S.C.R. 889 | 413 |
| Custom Motors Ltd. v. Dwinell | (1975), 61 D.L.R. (3d) 342 | 785 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| **D** | | |
| Denison Mines Limited v. Attorney General of Canada | (1972), 32 D.L.R. (3d) 419 | 329 |
| Dennis v. Metropolitan Board of Commissioners of Police | (1976), 12 O.R. (2d) 439 | 713 |
| Dingwall v. J. Wharton (Shipping), Ltd. | [1961] 2 Lloyd's Rep. 213 | 416 |
| Director of Public Prosecutions v. Goodchild | [1978] 2 All E.R. 161 | 678 |
| Director of Public Prosecutions v. Humphrys | [1976] 2 All E.R. 497 | 451 |
| Dunbar v. The King | (1936), 67 C.C.C. 20 | 527 |
| Duncan v. Cammell, Laird & Co. | [1942] A.C. 624 | 701 |
| Dunne, Re | [1962] O.R. 595 | 16 |
| Duquet v. Town of Sainte-Agathe-des-Monts | [1977] 2 S.C.R. 1132 | 102 |
| Dyson v. Attorney-General | [1911] 1 K.B. 410 | 323 |
| **E** | | |
| Eastern Construction Ld. v. City of Montreal | (1936), 74 C.S. 196 | 663 |
| Edelstein v. Kert Manufacturing Co. | [1970] R.P. 179 | 97 |
| Equipements Rocbec Inc. v. Ministre du Revenu national | [1980] C.S. 1089 | 525 |
| Ernewein v. Minister of Employment and Immigration | [1980] 1 S.C.R. | 376 |
| Esso Standard (Inter-America) Inc. v. J.W. Enterprises Inc. | [1963] S.C.R. 144 | 179, 201 |
| F. Hoffmann-Laroche & Co. v. Commissioner of Patents | [1955] S.C.R. 414 | 547 |
| **F** | | |
| Farm Products Marketing Act (Re) | [1957] S.C.R. 198 | 527 |
| Farm Security Act, (Re) | [1947] S.C.R. 394 | 508 |
| Farrington v. Thomson and Bridgland | [1959] V.R. 286 | 52 |
| Farwell v. The Queen | (1894), 22 S.C.R. 553 | 528 |
| Fawcett v. Attorney-General for Ontario | [1964] S.C.R. 625 | 133, 141 |
| Fisher v. Fisher | (1979), 21 O.R. (2d) 105 | 765 |
| Forbes v. Attorney-General of Manitoba | [1937] A.C. 260 | 272 |
| Foster v. Mackinnon | (1869), L.R. 4 C.P. 704 | 780 |
| Fowler v. The Queen | [1980] 2 S.C.R. 213 | 18 |
| Furlan v. City of Montreal | [1947] S.C.R. 216 | 394 |
| **G** | | |
| Gardner v. Florida | 430 U.S. 349, 51 L Ed 2d 393 (1977) | 413 |
| Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun | [1979] 2 S.C.R. 435 | 153, 160 |
| Giddings v. The King | (1947), 89 C.C.C. 346 | 828 |
| Gignac v. Siscoe Metals Ltd. | [1944] Que. K.B. 192 | 94 |
| Girard v. Lavoie | [1975] C.A. 904 | 876, 882 |
| Giroux v. The King | (1917), 56 S.C.R. 63 | 735 |
| Goldfarb v. Virginia State Bar | (1975), 421 U.S. 773 | 359 |
| Goldhamer v. The King | [1924] S.C.R. 290 | 375, 395 |
| Goldhar v. The Queen | [1960] S.C.R. 60 | 374, 397 |
| Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. v. The Queen | [1956] S.C.R. 303 | 375, 400 |
| Gosselin, La Cie J. A., Ltée v. Péloquin and Blanchet | [1957] S.C.R. 15 | 663 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| Gouvernement de la République démocratique du Congo v. Venne | [1971] S.C.R. 997 | 90 |
| Gray v. Kerslake | [1958] S.C.R. 3 | 639 |
| Great West Saddlery Co. v. The King | [1921] 2 A.C. 91 | 184, 202 |
| Green v. Livermore | [1940] O.R. 381 | 133, 141 |
| Gregg v. Georgia | 428 U.S. 153, 49 L Ed 2d 859 (1976) | 413 |
| Gregory & Company Inc. v. Quebec Securities Commission | [1961] S.C.R. 584 | 184, 212 |
| Grimsteit v. McDonald | (1950), 96 C.C.C. 272 | 828 |

## H

| | | |
|---|---|---|
| Hampton v. United States | (1976), 425 U.S. 484 | 437 |
| Haynes v. Davis | [1915] 1 K.B. 332 | 501 |
| Her Majesty in right of Alberta v. Canadian Transport Commission | [1978] 1 S.C.R. 61 | 563, 578 |
| Herman v. Deputy Attorney General of Canada | [1979] 1 S.C.R. 729 | 523, 528 |
| Hickey v. Stalker | (1923), 53 D.L.R. 414, [1924] 1 D.L.R. 440 | 638 |
| Hickton's Patent Syndicate v. Patents and Machine Improvements Co. | (1909), 26 R.P.C. 339 | 550 |
| Highway Victims Indemnity Fund v. Martineau | [1978] 1 S.C.R. 247 | 876, 881 |
| Hill v. The Queen | [1977] 1 S.C.R. 827 | 374, 399 |
| Hochelaga Shipping & Towing Co. v. The King | [1944] S.C.R. 138 | 675 |
| Hodge v. The Queen | (1883), 9 App. Cas. 117 | 132 |
| Howatson v. Webb | [1907] 1 Ch. 537, aff'd [1908] 1 Ch. 1 | 784 |
| Howe Sound Co. v. International Union of Mine, Mill and Smelter Workers (Canada), Local 663 | (1961), 29 D.L.R. (2d) 76; [1962] R.C.S. 318 | 891 |
| Huculak v. The Queen | [1963] S.C.R. 266 | 236 |

## I

| | | |
|---|---|---|
| Ibrahim | (1957), 42 Cr.App.R. 38 | 737 |
| Industries Saguenay Ltée v. Industries Couture Ltée | [1973] C.A. 316 | 483 |
| Inland Revenue Commissioners v. Collco Dealings Ltd. | [1962] A.C. 1 | 516 |
| International Brotherhood of Electrical Workers v. Town of Summerside | [1960] S.C.R. 591 | 714 |
| International Brotherhood of Teamsters v. Therien | [1960] S.C.R. 265 | 77 |
| International Nickel Co. of Canada Ltd. and Rivando, Re | [1956] O.R. 379 | 895 |

## J

| | | |
|---|---|---|
| J. E. Brazeau Ltée v. Ville de Pierrefonds | [1970] C.S. 282 | 663 |
| Jack v. Registrar of Motor Vehicles | [1972] 4 W.W.R. 602 | 50 |
| James (Ex parte) | (1803), 32 E.R. 385 | 221 |
| James v. Commonwealth | [1936] A.C. 378 | 364 |
| Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul | [1952] 1 S.C.R. 292 | 131 |
| John Deere Plow Co. v. Wharton | [1915] A.C. 330 | 176, 202 |
| John East Co., (In re) | (1940), 21 C.B.R. 232 | 484 |
| Johnson v. Attorney General of Alberta | [1954] S.C.R. 127 | 132, 144 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| Jules R. Gilbert Ltd. v. Sandoz Patents Ltd. | (1970), 64 C.P.R. 14<br>affirmed [1974] S.C.R. 1336 | 539 |

## K

| | | |
|---|---|---|
| Keech v. Sandford | (1726), 25 E.R. 223 | 220 |
| Kelsey v. The Queen | [1953] 1 S.C.R. 220 | 235 |
| Kienapple v. The Queen | [1975] 1 S.C.R. 729 | 910 |
| Kirzner v. The Queen | [1978] 2 S.C.R. 487 | 427, 471 |
| Kjeldsen v. The Queen | [1981] 2 S.C.R. 617 | 31 |

## L

| | | |
|---|---|---|
| Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada | [1980] 1 S.C.R. 914 | 137, 141 |
| Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ld. | [1949] A.C. 134 | 853 |
| Lake Erie and Detroit River Railway Co. v. Marsh | (1904), 35 S.C.R. 197 | 392 |
| Lauzière v. Demers | [1977] R.P. 120 | 876, 882 |
| Law v. Deed | [1970] S.A.S.R. 374 | 408 |
| Lawson v. Commissioner of Patents | (1970), 62 C.P.R. 101 | 555 |
| Lees v. The Queen | [1979] 2 S.C.R. 749 | 377, 403 |
| Lemieux v. The Queen | [1967] S.C.R. 492 | 439, 472 |
| Letain v. Conwest Exploration Co. | (1960), 23 D.L.R. (2d) 444 | 202 |
| Levkoe and The Queen, Re | (1977), 18 O.R. (2d) 265 | 134 |
| Linney v. The Queen | [1978] 1 S.C.R. 646 | 247 |
| Lugano v. Minister of Manpower and Immigration | [1976] 2 F.C. 438 | 860 |
| Lukey v. Ruthenian Farmers' Elevator Co. | [1924] S.C.R. 56 | 177, 212 |
| Lymburn v. Mayland | [1932] A.C. 318 | 183, 202 |

## M

| | | |
|---|---|---|
| MacDonald et al. v. Vapor Canada Ltd. | [1977] 2 S.C.R. 134 | 134 |
| Mann v. The Queen | [1966] S.C.R. 238 | 144 |
| Maslej v. Minister of Manpower and Immigration | [1977] 1 F.C. 194 | 860 |
| Masnec v. The Queen | [1962] Tas. S.R. 254 | 251 |
| May & Baker Limited and Ciba Ltd., (In re) | (1948), 65 R.P.C. 255 | 545 |
| McKenzie v. Hiscock | [1967] S.C.R. 781 | 394 |
| McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen | [1977] 2 S.C.R. 654 | 527 |
| Mead's and Belt's Case | (1823), 1 Lewin 184, 168 E.R. 1006 | 239 |
| Merchant v. Benchers of the Law Society of Saskatchewan | [1973] 2 W.W.R. 109 | 342 |
| Minister of Finance of New Brunswick v. Simpsons-Sears Ltd. | [1982] 1 S.C.R. 144 | 277 |
| Minister of Manpower and Immigration v. Fuentes | [1974] 2 F.C. 331 | 864 |
| Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand | [1979] 1 S.C.R. 495 | 524 |
| Morgan and Jacobson v. Attorney General of Prince Edward Island | [1976] 2 S.C.R. 349 | 202 |
| Morgentaler v. The Queen | [1976] 1 S.C.R. 616 | 444 |
| Morin v. The Queen | (1890), 18 S.C.R. 407 | 734 |
| Munro v. National Capital Commission | [1966] S.C.R. 663 | 131 |
| Muskham Finance Ltd. v. Howard | [1963] 1 Q.B. 904 | 784 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| **N** | | |
| Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare | [1976] 2 S.C.R. 751 | 523 |
| Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police | [1979] 1 S.C.R. 311 | 725 |
| Nordair Ltd. v. Lauzon | C.P.C. ANNOTÉ 1981, v. 3, p. 517 | 891 |
| Nova Scotia Board of Censors v. McNeil | [1976] 2 S.C.R. 265 | 404 |
| Nova Scotia Board of Censors v. McNeil | [1978] 2 S.C.R. 662 | 134 |
| Nuti v. Nuti | (1980), 28 O.R. (2d) 102 | 751 |
| **O** | | |
| O'Grady v. Sparling | [1960] S.C.R. 804 | 144 |
| O'Hara v. Harrington | [1962] Tas. S.R. 165 | 53 |
| O'Malley v. French | (1971), 2 S.A.S.R. 110 | 408 |
| O'Reilly v. O'Reilly | (1979), 23 O.R. (2d) 776 | 757 |
| Ontario Boys' Wear Ltd. v. The Advisory Committee | [1944] S.C.R. 349 | 350 |
| Orysiuk and The Queen, (Re) | (1977), 37 C.C.C. (2d) 445 | 455 |
| Ottawa Electric Co. v. Brennan | (1901), 31 S.C.R. 311 | 394 |
| **P** | | |
| Pacific Coast Coin Exchange of Canada Ltd. v. Ontario Securities Commission | [1978] 2 S.C.R. 112 | 212 |
| Page v. Page | (1980), 19 R.F.L. (2d) 135 | 752 |
| Palmer v. The Queen | [1971] 1 All E.R. 1077 | 241, 254 |
| Pappajohn v. The Queen | [1980] 2 S.C.R. 120 | 235 |
| Paquette v. The Queen | [1977] 2 S.C.R. 189 | 444, 527 |
| Parker v. Brown | (1943), 317 U.S. 341 | 360 |
| Parkes v. The Queen | [1956] S.C.R. 134 | 382, 400 |
| Parkes v. The Queen | [1956] S.C.R. 768 | 384 |
| Patterson v. The Queen | [1968] S.C.R. 157 | 439 |
| Paul v. The Queen | [1960] S.C.R. 452 | 367, 400 |
| Peda v. The Queen | [1969] S.C.R. 905 | 527 |
| Percival v. Wright | [1902] 2 Ch. 421 | 165 |
| Petersen v. The Queen | [1982] 2 S.C.R. 493 | 736 |
| Peterson v. Peterson | (1980), 20 R.F.L. (2d) 1 | 758 |
| Pharmaceutical Society of Great Britain v. Dickson | [1968] 2 All E.R. 686 | 358 |
| Phillion v. The Queen | [1978] 1 S.C.R. 18 | 44 |
| Pilon v. The Queen | [1966] 2 C.C.C. 53 | 247 |
| Poole v. The Queen | [1968] S.C.R. 381 | 383 |
| Port Arthur Shipbuilding Co. v. Arthurs | [1969] S.C.R. 85 | 894 |
| Porter Co. v. Constructions du St-Laurent Ltée | [1952] Que. Q.B. 662 | 97 |
| Prima Skirt Co., Thompson's Claim, In re | (1921), 1 C.B.R. 438 | 480 |
| Procon (Great Britain) Ltd. v. Golden Eagle Co. | [1976] C.A. 565 | 97 |
| Prudential Trust Co. Ltd. et al. v. Cugnet | [1956] S.C.R. 914 | 778 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| **R** | | |
| R. and Royal Bank of Canada v. Racette | [1948] S.C.R. 28 | 675 |
| R. v. Allerton | (1914), 17 D.L.R. 294 | 696 |
| R. v. Appleby | [1979] 1 W.W.R. 664 | 244 |
| R. v. Aziz | [1981] 1 S.C.R. 188 | 115 |
| R. v. Baines | [1909] 1 K.B. 258 | 695 |
| R. v. Barilla | (1944), 82 C.C.C. 228 | 239 |
| R. v. Barnier | [1980] 1 S.C.R. 1124 | 31 |
| R. v. Basarabas and Spek | (1981), 62 C.C.C. (2d) 13 | 239 |
| R. v. Beauvais | [1965] 3 C.C.C. 281 | 827 |
| R. v. Bennett | [1960] 1 W.L.R. 102 | 737 |
| R. v. Billen | (1980), 54 C.C.C. (2d) 425 | 455 |
| R. v. Blair and Karashowsky | (1975), 25 C.C.C. (2d) 47 | 501, 740 |
| R. v. Bohnet | [1976] 6 W.W.R. 176 | 57 |
| R. v. Boileau; R. v. Lepine | [1979], 50 C.C.C. (2d) 189 | 411 |
| R. v. Bonnar | (1975), 34 C.R.N.S. 182 | 441 |
| R. v. Borg | [1969] S.C.R. 551 | 38 |
| R. v. Bradley | [1941] S.C.R. 270 | 325 |
| R. v. Browne | [1950] N.I.L.R. 20 | 409 |
| R. v. Bufalo | [1958] V.R. 363 | 249 |
| R. v. Caledonian Collieries, Ltd. | [1928] A.C. 358 | 275 |
| R. v. Campbell | (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 | 245 |
| R. v. Can. Breweries Ltd. | [1960] O.R. 601 | 352 |
| R. v. Carker | [1967] S.C.R. 114 | 459 |
| R. v. Carroll | [1948] S.C.R. 126 | 675 |
| R. v. Cartier | (1980), 54 C.C.C. (2d) 32 | 678 |
| R. v. Catagas | (1977), 38 C.C.C. (2d) 296 | 455 |
| R. v. Chabot | [1980] 2 S.C.R. 985 | 735 |
| R. v. Challice | (1979), 45 C.C.C. (2d) 546 | 232 |
| R. v. Cheetham | (1980), 53 C.C.C. (2d) 109 | 50 |
| R. v. Chernecki | (1971), 16 C.R.N.S. 182 | 428 |
| R. v. Chung Chuck | [1929] 1 D.L.R. 756 | 347 |
| R. v. Cieslak | (1977), 37 C.C.C. (2d) 7 | 389 |
| R. v. Cox | (1948), 93 C.C.C. 32 | 827 |
| R. v. Craske | [1957] 2 All E.R. 772 | 737 |
| R. v. Creighton | (1908), 14 C.C.C. 349 | 39 |
| R. v. Crook | (1979), 1 Sask. R. 273 | 34 |
| R. v. Crothers | (1978), 43 C.C.C. (2d) 27 | 240 |
| R. v. Davies | [1962] 1 W.L.R. 1111 | 828 |
| R. v. Davis and Fancie | (1976), 15 N.S.R. (2d) 461 | 411 |
| R. v. Day | (1980), 37 N.S.R. (2d) 193 | 501 |
| R. v. Deegan | [1979] 6 W.W.R. 97 | 240 |
| R. v. Dennis | [1960] S.C.R. 286 | 735 |
| R. v. Desai | [1973] Crim.L.R. 36 | 737 |
| R. v. Dietrich | (1970), 1 C.C.C. (2d) 49 | 43 |
| R. v. Dimora | (1978), 45 C.C.C. (2d) 96 | 411 |
| R. v. Elrington | (1861), 1 B. & S. 688, 121 E.R. 870 | 499 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| R. v. Emkeit | (1971), 3 C.C.C. (2d) 309 | 739 |
| R. v. Faderman | 1 Den. C.C. 572 | 734 |
| R. v. Fraser | (1980), 55 C.C.C. (2d) 503 | 241 |
| R. v. Geddes | (1979), 52 C.C.C. (2d) 231 | 69 |
| R. v. German | (1947), 89 C.C.C. 90 | 826 |
| R. v. Gortat and Pirog | [1973] Crim. L.R. 648 | 408 |
| R. v. Haley | (1959), 76 W.N. (N.S.W.) 550 | 249 |
| R. v. Hall | [1972] 2 All E.R. 1009 | 69 |
| R. v. Harrop | (1940), 74 C.C.C. 228 | 34 |
| R. v. Hassin | [1963] Crim. L.R. 852 | 254 |
| R. v. Hatherley | (1971), 4 C.C.C. (2d) 242 | 501 |
| R. v. Hatton | (1978), 39 C.C.C. (2d) 281 | 740 |
| R. v. Haukness | [1976] 5 W.W.R. 420 | 440 |
| R. v. Hauser | [1979] 1 S.C.R. 984 | 115, 126, 142 |
| R. v. Hay | (1973), 22 C.R.N.S. 191 | 245 |
| R. v. Hilton | (1895), 59 J.P. 778 | 499 |
| R. v. Hodges | (1921), 1 C.B.R. 530 | 480 |
| R. v. Howe | (1958), 100 C.L.R. 448 | 241 |
| R. v. Hussey | (1924), 89 J.P. 28 | 239 |
| R. v. J. Alepin Frères Ltée | [1965] S.C.R. 359 | 371, 400 |
| R. v. J.W.D. | (1932), 38 R. de J. 481 | 908 |
| R. v. Johnson | [1964] Qd. R. 1 | 252 |
| R. v. K. | (1971), 5 C.C.C. (2d) 46 | 455 |
| R. v. Kelly | [1958] V.R. 412 | 831 |
| R. v. Knight | (1975), 27 C.C.C. (2d) 343 | 410 |
| R. v. Krannenburg | [1980] 1 S.C.R. 1053 | 455 |
| R. v. Lebrun | (1978), 7 C.R. (3d) 93 | 455 |
| R. v. MacDonald | (1966), 9 Crim. L.Q. 239 | 828 |
| R. v. MacDonald | (1971), 15 C.R.N.S. 122 | 440 |
| R. v. MacDonald | [1965] S.C.R. 831 | 371, 400 |
| R. v. Maitland | [1963] S.A.S.R. 332 | 408 |
| R. v. Marks | [1952] O.W.N. 608 | 826 |
| R. v. Marshall and Grantham | (1811), 13 East 322, 104 E.R. 394 | 455 |
| R. v. Maxner | (1981), 61 C.C.C. (2d) 446 | 455 |
| R. v. McInnes | [1971] 3 All E.R. 295 | 241, 255 |
| R. v. McKay | [1957] V.R. 560 | 241, 299 |
| R. v. McKee | [1947] N.I.L.R. 27 | 410 |
| R. v. Mealey and Sheridan | (1974), 60 Crim. App. R. 59 | 470 |
| R. v. Miles | (1890), 24 Q.B. 423 | 499 |
| R. v. Miller | (1958), 120 C.C.C. 335 | 739 |
| R. v. National Joint Council for the Craft of Dental Technicians | [1953] 1 Q.B. 704 | 893 |
| R. v. Negridge | (1980), 54 C.C.C. (2d) 304 | 50 |
| R. v. Neil | [1962] Crim. L.R. 698 | 829 |
| R. v. Nord-Deutsche Versicherungs-Gesellschaft | [1971] S.C.R. 849 | 871 |
| R. v. O'Brien, Ex parte Chamberlain | (1908), 38 N.B.R. 381 | 58 |
| R. v. O'Neill | [1979] 2 N.S.W. L.R. 582 | 409 |
| R. v. Odgers | (1843), 2 M. & Rob. 479, 174 E.R. 355 | 239 |
| R. v. Olan et al. | [1978] 2 S.C.R. 1175 | 907 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| R. v. Ormerod | [1969] 2 O.R. 230 | 430, 472 |
| R. v. Osborn | [1969] 1 O.R. 152, reversed [1971] S.R.C. 184 | 440 |
| R. v. Ouellette | [1950] 2 W.W.R. 875 | 239 |
| R. v. Paradis & Farley Inc. | [1942] S.C.R. 10 | 663 |
| R. v. Parenteau | (1980), 52 C.C.C. (2d) 188 | 410 |
| R. v. Parker | (1981), 62 C.C.C. (2d) 161 | 740 |
| R. v. Parnell | (1979), 51 C.C.C. (2d) 413 | 678 |
| R. v. Perras | (1972), 8 C.C.C. (2d) 209 | 45 |
| R. v. Pinder | (1923), 40 C.C.C. 272 | 410 |
| R. v. Pollock | (1947), 90 C.C.C. 171 | 827 |
| R. v. Proudlock | [1979] 1 S.C.R. 525 | 416 |
| R. v. Prue, R. v. Baril | [1979] 2 S.C.R. 547 | 614 |
| R. v. Rabey | (1977), 37 C.C.C. (2d) 461 | 34 |
| R. v. Reilly | (1982), 66 C.C.C. (2d) 146 | 246 |
| R. v. Riddle | [1980] 1 S.C.R. 380 | 498, 735 |
| R. v. Robins | (1844), 1 Cox C.C. 114 | 454 |
| R. v. Robinson | [1951] S.C.R. 522 | 382 |
| R. v. Robinson | (1765), 1 Black. W. 541, 96 E.R. 313 | 454 |
| R. v. Roger Miller & Sons Ltd. | [1930] S.C.R. 293 | 675 |
| R. v. Rosik | [1971] 2 O.R. 47 | 43 |
| R. v. Sang | [1979] 2 All E.R. 1222 | 456 |
| R. v. Sault Ste. Marie | [1978] 2 S.C.R. 1299 | 444, 607 |
| R. v. Shamrock Fuel Co. | [1924] 3 W.W.R. 454 | 341 |
| R. v. Shipley | [1970] 2 O.R. 411 | 440 |
| R. v. Simoneau | (1935), 65 C.C.C. 19 | 349 |
| R. v. Sirois | [1972] 2 W.W.R. 149 | 440 |
| R. v. Skolnick | [1982] 2 S.C.R. 47 | 403 |
| R. v. Smith | (1837), 8 Car & P. 160, 173 E.R. 441 | 239 |
| R. v. Smith | (1948), 17 Fortnightly L.J. 241 | 828 |
| R. v. Snider | [1954] S.C.R. 479 | 699 |
| R. v. Spooner | [1957] V.R. 540 | 831 |
| R. v. Stanley | (1977), 36 C.C.C. (2d) 216 | 239 |
| R. v. Stehbens | (1976), 14 S.A.S.R. 240 | 409 |
| R. v. Taggart | (1979), 1 Cr. App. R. (S.) 144 | 411 |
| R. v. The Justices of Queens, Ex parte Miller | (1875), 15 N.B.R. 485 | 58 |
| R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et al. | [1980] 1 S.C.R. 695 | 18, 327 |
| R. v. Thompson | (1975), 11 S.A.S.R. 217 | 409 |
| R. v. Tikos (No. 1) | [1963] V.R. 285 | 249 |
| R. v. Tikos (No. 2) | [1963] V.R. 306 | 249 |
| R. v. Trecroce | (1980), 55 C.C.C. (2d) 202 | 245 |
| R. v. Warner | [1961] S.C.R. 144 | 371 |
| R. v. Weightman and Cunningham | (1977), 37 C.C.C. (2d) 303 | 455 |
| R. v. Wettlaufer | 6 W.C.B. 311 | 410 |
| R. v. Zarins | (1959), 125 C.C.C. 375 | 827 |
| R. v. Zelensky | [1978] 2 S.C.R. 940 | 17, 403 |
| Rathie v. Montreal Trust Co. | (1952), 6 W.W.R. (N.S.) 652 | 177 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| Reference as to the Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act | [1949] S.C.R. 1 | 127 |
| Reference re constitutional validity of s. 110 of the Dominion Companies Act | [1934] S.C.R. 653 | 178, 202 |
| Reference re Alberta Statutes | [1938] S.C.R. 100 | 363 |
| Reference re Intoxicated Persons Detention Act | [1981] 1 W.W.R. 333 | 133, 141 |
| Reference re Residential Tenancies Act | (1980), 26 O.R. (2d) 609 | 525 |
| Reference re The Farm Products Marketing Act | [1957] S.C.R. 198 | 351 |
| Reference re Troops in Cape Breton | [1930] S.C.R. 554 | 20 |
| Reference under s. 48A of the Criminal Appeal (Northern Ireland) Act (No. 1 of 1975) | [1976] 2 All E.R. 937 | 241 |
| Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver | [1942] 1 All E.R. 378 | 220 |
| Regional Municipality of Peel v. Viking Houses | (1977), 16 O.R. (2d) 632 | 11 |
| Regulation and Control of Aeronautics in Canada, In re | [1932] A.C. 54 | 131 |
| Residential Tenancies Act, 1979, Re | [1981], 1 S.C.R. 714 | 131, 853 |
| Resolution to amend the Constitution, Re | [1981] 1 S.C.R. 753 | 794 |
| Rinfret v. Pope | (1886), 12 Q.L.R. 303 | 137 |
| Robinson v. Countrywide Factors Ltd. | [1978] 1 S.C.R. 753 | 187 |
| Rosenzweig, Goldfine's Claim, (In re) | (1920), 1 C.B.R. 385 | 480 |
| Rourke v. The Queen | [1978] 1 S.C.R. 1021 | 452 |
| Russell v. The Queen | (1882), 7 A.C. 829 | 141 |


## S


| | | |
|---|---|---|
| S. v. Manchester City Recorder | [1969] 3 All E.R. 1230 | 415 |
| Saine v. Beauchesne and Gobeil | [1963] S.C.R. 435 | 569 |
| Salomon v. Salomon and Co. | [1897] A.C. 22 | 562 |
| Saumur v. City of Quebec | [1953] 2 S.C.R. 299 | 144 |
| Saunders v. Anglia Building Society | [1971] A.C. 1004 | 779 |
| Schwartz v. The Queen | [1977] 1 S.C.R. 673 | 33 |
| Selvey v. Director of Public Prosecutions | [1968] 2 All E.R. 497 | 456 |
| Sera Inc. v. Hydro-Semence Inc. | [1976] C.S. 331 | 663 |
| Seward v. "Vera Cruz" | (1884), 10 App. Cas. 59 | 152 |
| Sherman v. United States | (1958), 356 U.S. 369 | 432, 471 |
| Sherrard v. Jacob | [1965] N.I.L.R. 151 | 830 |
| Silverstein v. Silverstein | (1978), 20 O.R. (2d) 185 | 757 |
| Smith v. The Queen | [1959] S.C.R. 638 | 377, 400 |
| Smith v. The Queen | [1960] S.C.R. 776 | 134, 144, 182, 194 |
| Smolowe v. Delendo Corporation | 136 F. 2d 231 | 222 |
| Smolowe v. Delendo Corporation | 36 F. Supp. 790 | 215 |
| Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario) | [1981] 2 S.C.R. 494 | 172 |
| Sorrells v. United States | (1932), 287 U.S. 435 | 430, 470 |
| St. Louis Breweries Ltd. v. Apthorpe | (1899), 79 L.T. 551 | 576 |
| Subramaniam v. Public Prosecutor | [1956] 1 W.L.R. 965 | 41 |
| Suburban Rapid Transit Co., (In re) | [1931] 1 W.W.R. 778 | 579 |
| Switzman v. Elbling | [1957] S.C.R. 285 | 144 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| **T** | | |
| Tennessee Eastman Co. v. Commissioner of Patents | (1970), 62 C.P.R. 117<br>affirmed [1974] S.C.R. 111 | 554 |
| Thompson and The Queen, (Re) | (1978), 38 C.C.C. (2d) 498 | 501 |
| Thorson v. Attorney General of Canada | [1975] 1 S.C.R. 138 | 323, 404 |
| Tomko v. Labour Relations Board | [1977] 1 S.C.R. 112 | 853 |
| Toronto Electric Commissioners v. Snider | [1925] A.C. 396 | 141 |
| Toronto Railway Co. v. Corporation of the City of Toronto | [1920] A.C. 426 | 16 |
| Toronto Railway Company v. Paget | (1909), 42 S.C.R. 488 | 152 |
| Toronto Transportation Commission v. Canadian National Railways and City of Toronto | [1930] S.C.R. 94 | 16 |
| Tout & Finch Ld., (In re) | [1954] 1 W.L.R. (U.K.) 178 | 480 |
| Trottier v. British American Oil Co. | [1977] C.A. 576 | 876, 882 |
| Turner | (1974), 60 Crim. App. R. 80 | 42 |
| **U** | | |
| Union Oil Co. of Canada Ltd. v. The Queen in right of Canada | (1974), 52 D.L.R. (3d) 388 | 92 |
| United Shoe Machinery Company of Canada v. Brunet | [1909] A.C. 330 | 663 |
| United States of America v. Link and Green | [1955] S.C.R. 183 | 393 |
| United States v. Curtis | 4 Mason 232 | 739 |
| United States v. Fatico | 458 F. Supp. 388 (1978) | 413 |
| United States v. Russell | (1973), 411 U.S. 423 | 435, 471 |
| **V** | | |
| Vachon v. Attorney General of Quebec | [1979] 1 S.C.R. 555 | 897 |
| Valin v. Langlois | (1879), 3 S.C.R. 1 | 327 |
| Vetrovec v. The Queen | [1982] 1 S.C.R. 811 | 528 |
| Ville de Montréal v. Bureau des examinateurs électriciens de la province de Québec | [1977] C.S. 851 | 109 |
| Vineland Quarries and Crushed Stone Limited v. Minister of National Revenue | [1966] Ex. C.R. 417 | 577 |
| Viro v. The Queen | (1978), 18 A.L.R. 257 | 241 |
| Voyageur (1969) Inc. v. Ally | [1977] C.A. 581 | 876, 882 |
| **W** | | |
| Waberley v. Cockerel | (1542), 1 Dy. 51. a. | 786 |
| Walsh, Re | (1914), 23 C.C.C. 7 | 738 |
| Weaver v. Samuels | [1971] S.A.S.R. 116 | 409 |
| Weir v. Weir | (1978), 23 O.R. (2d) 765 | 757 |
| Wilband v. The Queen | [1967] S.C.R. 14 | 42 |
| Wilkinson, ex parte Fowler, (In re) | [1905] 2 K.B. 713 | 480 |
| Williams v. New York | 337 U.S. 241, 93 Led (1949) | 412 |
| Williams v. R. in Right of Canada | [1981] 1 W.W.R. 606 | 525 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| Woodend (K.V. Ceylon) Rubber and Tea Co. v. Commissioner of Inland Revenue | [1971] A.C. 321 | 517 |
| Workman v. The King | [1963] S.C.R. 266 | 236 |
| Wright v. Tatham | (1838), 4 Bing. N.C. 489 | 824 |
| Wu v. The King | [1934] S.C.R. 609 | 236 |

## Y

| | | |
|---|---|---|
| Young and Young, Re | (1981), 32 O.R. (2d) 19 | 758 |
| Young et al. and The Queen, (Re) | (1981), 60 C.C.C. (2d) 252 | 455 |

## Z

| | | |
|---|---|---|
| Zwicker v. Stanbury | [1953] 2 S.C.R. 438 | 220 |

# Canada Supreme Court Reports

# Recueil des arrêts de la Cour Suprême du Canada

**Volume 2, 1982**

**2e volume, 1982**

**Maple Lodge Farms Limited** *Appellant*;

and

**Government of Canada and the Minister of Economic Development, responsible for Industry, Trade and Commerce** *Respondents*;

and

**Canadian Chicken Marketing Agency** *Intervener.*

File No.: 16266.

1981: November 4; 1982: July 22.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Administrative law — Discretion — Import permits required by statute for goods on import control list — Guidelines issued dealing with conditions for import — Whether or not Minister had discretion to deny permits — Whether or not discretion properly exercised — Export and Import Permits Act, R.S.C. 1970, c. E-17, s. 8.*

The Minister of Industry, Trade and Commerce refused to issue appellant a permit as required by s. 8 of the *Export and Import Permits Act*, to import a product included on an import control list, notwithstanding the ministerial guidelines dealing with the matter. Appellant questioned whether or not the Minister had any discretion to refuse to issue such a permit, and argued that, if he did, that discretion had been unlawfully exercised. The Federal Court, Trial Division, denied appellant's application seeking a writ of mandamus ordering the Minister to issue the permit sought and the Federal Court of Appeal upheld that decision.

*Held*: The appeal should be dismissed.

The Minister can properly and lawfully formulate general requirements for the granting of import permits, but these guidelines cannot confine the discretion accorded him under s. 8 of the Act. Here, the Minister properly exercised that discretion. Considerations relating to the amount of available dressed chicken and over-all market conditions were very relevant to his

**Maple Lodge Farms Limited** *Appelante*;

et

**Le gouvernement du Canada et le ministre au Développement économique chargé de l'Industrie et du Commerce** *Intimés*;

et

**Office canadien de commercialisation des poulets** *Intervenant.*

N° du greffe: 16266.

1981: 4 novembre; 1982: 22 juillet.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Estey, McIntyre et Chouinard.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit administratif — Pouvoir discrétionnaire — Licences d'importation exigées par la loi pour les marchandises sur la liste des importations contrôlées — Lignes directrices sur les conditions d'importation — Le Ministre a-t-il le pouvoir discrétionnaire de refuser les licences? — Si oui, le pouvoir discrétionnaire a-t-il été régulièrement exercé? — Loi sur les licences d'exportation et d'importation, S.R.C. 1970, chap. E-17, art. 8.*

Le ministre de l'Industrie et du Commerce a refusé de délivrer à l'appelante une licence, requise en vertu de l'art. 8 de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, pour l'importation d'une marchandise qui figure sur une liste de marchandises d'importation contrôlée, malgré l'existence de lignes directrices qui portent sur le sujet. L'appelante a mis en doute l'existence du pouvoir discrétionnaire du Ministre de refuser une licence et a soutenu que, s'il l'avait, ce pouvoir discrétionnaire n'avait pas été exercé conformément à la loi. La Division de première instance de la Cour fédérale a rejeté la demande de l'appelante visant à obtenir un bref de *mandamus* qui ordonne au Ministre de délivrer la licence demandée et la Cour d'appel fédérale a confirmé cette décision.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

Le Ministre peut, en vertu de la loi, formuler des conditions générales touchant l'octroi de licences d'importation, mais ces lignes directrices ne peuvent pas restreindre le pouvoir discrétionnaire que l'art. 8 de la Loi lui confère. En l'espèce, le Ministre a exercé ce pouvoir discrétionnaire conformément à la loi. Les questions relatives à la quantité de poulet éviscéré disponible

decision to refuse to grant appellants the supplementary import permits they sought.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1981] 1 F.C. 500, 114 D.L.R. (3d) 634, 42 N.R. 312, dismissing an appeal from a judgment of Dubé J. dismissing an application for mandamus. Appeal dismissed.

*D. K. Laidlaw, Q.C.*, and *Alan J. Lenczner*, for the appellant.

*W. A. Hobson, Q.C.*, and *R. P. Hynes*, for the respondents.

*François Lemieux*, for the intervener the Canadian Chicken Marketing Agency.

The judgment of the Court was delivered by

McINTYRE J.—This appeal arises out of the refusal of the Minister of Economic Development, responsible for Industry, Trade and Commerce of the Government of Canada, (the Minister) to issue to the appellant certain supplementary import permits under s. 8 of the *Export and Import Permits Act*, R.S.C. 1970, c. E-17, and Regulations passed thereunder. The permits sought would allow the appellant to import live chickens, having a weight of less than five pounds per chicken, which are in the submission of the appellant essential to the continued operation of its business. Upon the refusal of the Minister, the appellant applied to the Federal Court, Trial Division, for a writ of mandamus ordering the Minister to issue the import permits for the importation of four million pounds of live chicken. The motion was dismissed. An appeal was taken to the Federal Court of Appeal (Heald and Le Dain JJ. and MacKay D.J.) where it was dismissed for reasons written by Le Dain J., for the unanimous court. This appeal is by leave, granted November 3, 1980.

The judgment of Le Dain J. is now reported at [1981] 1 F.C. 500. It sets out the facts and statutory provisions involved in a determination of this case, and it deals with all the issues raised. I am in agreement with the disposition made of this appeal in the Federal Court of Appeal and with

et aux conditions générales du marché sont très pertinentes relativement à sa décision de refuser les licences supplémentaires d'importation.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1981] 1 C.F. 500, 114 D.L.R. (3d) 634, 42 N.R. 312, lequel rejette l'appel interjeté contre le jugement du juge Dubé de rejeter la demande de *mandamus*. Pourvoi rejeté.

*D. K. Laidlaw, c.r.*, et *Alan J. Lenczner*, pour l'appelante.

*W. A. Hobson, c.r.*, et *R. P. Hynes*, pour les intimés.

*François Lemieux*, pour l'intervenant l'Office canadien de commercialisation des poulets.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE McINTYRE—Le présent pourvoi découle du refus du ministre au Développement économique chargé de l'Industrie et du Commerce du gouvernement du Canada (le Ministre) de délivrer à l'appelante certaines licences supplémentaires d'importation en application de l'art. 8 de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, S.R.C. 1970, chap. E-17, et ses règlements d'application. Les licences demandées permettraient à l'appelante d'importer des poulets vivants pesant moins de cinq livres chacun, importation que l'appelante prétend essentielle à la continuation de son activité. Après le refus du Ministre, l'appelante a demandé à la Division de première instance de la Cour fédérale, un bref de *mandamus* qui ordonne au Ministre de délivrer les licences d'importation pour quatre millions de livres de poulets vivants. Sa requête a été rejetée. La Cour d'appel fédérale (les juges Heald et Le Dain et le juge suppléant MacKay) a rejeté à l'unanimité l'appel interjeté par l'appelante, pour les motifs rédigés par le juge Le Dain. L'autorisation d'appeler à cette Cour a été accordée le 3 novembre 1980.

Les motifs du juge Le Dain sont maintenant publiés à [1981] 1 C.F. 500. Ils énoncent les faits et citent les textes de lois utiles à la décision de l'affaire et ils abordent tous les moyens invoqués. Je suis d'accord avec la façon dont la Cour d'appel fédérale a disposé de cet appel et avec les motifs

the reasons of Le Dain J., which I would adopt in their entirety. The remarks which follow are intended to supplement, and not to qualify, those reasons.

The appellant argued in this Court that the questions in issue on this appeal were whether the Minister has any discretion respecting the issue of permits under the *Export and Import Permits Act* and Regulations and, if such a discretion is found to exist, whether it was exercised according to law in this case when the permits applied for by the appellant were refused.

It was contended that the power to add chicken to the list of controlled products, established under s. 5 of the *Export and Import Permits Act*, and all powers to make regulations regarding the terms and conditions under which import permits could be issued were reserved exclusively to the Governor in Council. The Minister's function was, accordingly, limited to a purely administrative role and he was obliged to issue permits when the conditions set by the Governor in Council were met. The policy statements referred to by Le Dain J. were then no more than an aid to the Minister in deciding whether a product sought to be imported could be obtained from a domestic source. If, however, any discretion existed, it was argued that it had been wrongly exercised when the permits were refused on the basis that eviscerated chicken was available in Canada. Furthermore, it was said that the issue of the permits could not be contrary to the marketing scheme since, when no chicken was available from Canadian sources, there was no local source of supply to protect.

In my opinion, the role of the Minister may not be so restricted. The word 'may' is used in s. 8 of the Act and there is nothing in the context which would give it other than the permissive meaning ascribed to it in s. 28 of the *Interpretation Act*. I agree with and adopt the words of Le Dain J. in dealing with this argument, at pp. 508-10, where he said:

du juge Le Dain que je suis d'avis d'adopter en tous points. Les observations qui suivent visent plutôt à compléter ces motifs qu'à les nuancer.

L'appelante a soutenu en cette Cour que les questions posées par le présent pourvoi sont celles de savoir si le Ministre jouit d'un pouvoir discrétionnaire en matière de délivrance de licences en vertu de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* et des règlements et, si cette Cour conclut à l'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire, son exercice a-t-il été conforme à la loi lorsque les licences demandées par l'appelante ont été refusées?

On a soutenu que le pouvoir d'ajouter le poulet à la liste des produits sous contrôle établie en vertu de l'art. 5 de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* et tous les pouvoirs d'établir des règlements relatifs aux conditions de délivrance des permis d'importation sont exclusivement réservés au gouverneur en conseil. En conséquence, le rôle du Ministre se limiterait à l'aspect purement administratif et celui-ci serait tenu de délivrer les licences lorsque les conditions énoncées par le gouverneur en conseil sont remplies. Les énoncés de politique mentionnés par le juge Le Dain ne seraient rien de plus que des indications qui aideraient le Ministre à décider si un produit dont on demande l'importation peut être acheté sur le marché domestique. Si toutefois il existe un pouvoir discrétionnaire, on soutient qu'il a été mal exercé, car les licences ont été refusées parce qu'on pouvait se procurer du poulet éviscéré au Canada. De plus on a soutenu que la délivrance de licences ne pouvait pas être contraire au plan de commercialisation puisque lorsqu'on ne peut pas se procurer de poulet auprès de sources canadiennes, il n'y a pas de source intérieure d'approvisionnement à protéger.

A mon avis, on ne peut restreindre ainsi le rôle du Ministre. C'est le mot «peut» qui est employé à l'art. 8 de la Loi et il n'y a rien dans le contexte qui permette de lui donner un autre sens que celui qui exprime une faculté, sens que lui donne l'art. 28 de la *Loi d'interprétation*. Je reprends l'énoncé du juge Le Dain, auquel je souscris, énoncé qui dispose comme suit de cet argument aux pp. 508 à 510:

Looking at these provisions as a whole, I am of the opinion that section 8 of the Act confers upon the Minister a discretion as to whether or not to issue an import permit in a particular case. Section 28 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, requires, of course, that the word "may" in section 8 be construed as permissive unless the context indicates a contrary intention. See *McHugh v. Union Bank of Canada* [1913] A.C. (P.C.) 299; *Smith & Rhuland Limited v. The Queen, on the relation of Brice Andrews* [1953] 2 S.C.R. 95. This is not a case for application of the principle recognized in *Julius v. The Right Rev. the Lord Bishop of Oxford* (1879-80) 5 App. Cas. 214 and referred to in *The Labour Relations Board of Saskatchewan v. The Queen on the relation of F. W. Woolworth Co. Ltd.* [1956] S.C.R. 82 at page 87, that permissive words may be construed as creating a duty where they confer a power the exercise of which is necessary to effectuate a right. The *Export and Import Permits Act* does not create or recognize a legal right to an import permit. Chicken was placed on the Import Control List, pursuant to section 5(1)(*a*.1) of the Act for the purpose of restricting its importation to support action taken under the *Farm Products Marketing Agencies Act*, S.C. 1970-71-72, c. 65. As I have said, the effect of its inclusion in the List is, by section 14 of the Act, to prohibit its importation "except under the authority of an in accordance with an import permit issued under this Act." The common law right to import goods is to that extent abrogated. It is an implication of section 5 (1)(*a*.1) of the Act that the Minister is to exercise his authority to issue or refuse permits for the purpose specified therein. It cannot have been intended, in view of this declared purpose, that the power to issue permits should be a mere Ministerial duty imposed for the sole purpose of monitoring the extent to which an unlimited right of importation is in fact exercised.

The words in section 8, "in such quantity and of such quality, by such persons, from such places or persons and subject to such other terms and conditions as are described in the permit or in the regulations", do not refer to conditions defining a right or entitlement to a permit but to the terms and conditions to which an issued permit may be subject. This is clear from the terms of section 12(*a*) of the Act, which, in conferring the power to make regulations, speaks, *inter alia*, of "the terms and conditions, including those with reference to shipping or other documents, upon which permits, cer-

J'estime qu'il ressort de ces dispositions prises dans leur ensemble que l'article 8 de la *Loi* accorde au Ministre un pouvoir discrétionnaire de délivrer ou de ne pas délivrer une licence d'importation dans un cas donné. L'article 28 de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, c. I-23, exige évidemment que le mot «peut» de l'article s'interprète comme exprimant une faculté à moins que le contexte ne manifeste une intention contraire. Voir les affaires *McHugh c. Union Bank of Canada* [1913] A.C. (C.P.) 299; *Smith & Rhuland Limited c. La Reine ex rel. Brice Andrews* [1953] 2 R.C.S. 95. La présente affaire ne donne pas lieu à l'application du principe reconnu dans l'affaire *Julius c. The Right Rev. the Lord Bishop of Oxford* (1879-80) 5 App. Cas. 214, et mentionné dans l'affaire *The Labour Relations Board of Saskatchewan c. La Reine ex rel. F.W. Woolworth Co. Ltd.* [1956] R.C.S. 82, à la page 87, selon lequel des termes accordant une faculté peuvent s'interpréter comme créant un devoir s'ils confèrent un pouvoir dont l'exercice est nécessaire pour donner effet à un droit. La *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* ne crée ni ne reconnait de droit strict à une licence d'importation. Le poulet a été ajouté à la liste de marchandises d'importation contrôlée en vertu de l'article 5(1)*a*.1) de la Loi dans le but d'en restreindre l'importation afin d'appuyer une mesure prise en vertu de la *Loi sur les offices de commercialisation des produits de ferme*, S.C. 1970-71-72, c. 65. Comme je l'ai déjà mentionné, l'inscription du poulet sur la liste a pour effet, en vertu de l'article 14 de la Loi, d'en interdire l'importation «si ce n'est sous l'autorité et en conformité d'une licence d'importation délivrée selon la présente loi». Le droit général d'importer des marchandises est abrogé d'autant. Il découle de l'article 5(1)*a*.1) que le Ministre doit exercer le pouvoir qui lui est confié de délivrer ou de refuser des licences pour les fins qui y sont mentionnées. Il est impossible, étant donné l'objet qui y est exprimé, que le législateur ait voulu que l'autorité de délivrer des licences soit simplement une obligation imposée au Ministre dans le seul but de lui permettre de vérifier dans quelle mesure un droit illimité d'importer est effectivement exercé.

Les mots de l'article 8 («en la quantité et de la qualité, par les personnes, des endroits ou des personnes et sous réserve des autres stipulations et conditions que décrivent la licence ou les règlements») ne visent pas les conditions dont dépendrait le droit d'exiger une licence, mais les conditions auxquelles une licence peut être assujettie une fois délivrée. Cela ressort clairement des termes de l'article 12*a*) de la Loi qui, en établissant le pouvoir de prendre des règlements, parle notamment des «conditions, y compris celles qui concernent les documents d'expédition ou autres, auxquelles des licences,

tificates or other authorizations may be issued or granted under this Act." Further, section 3 of the *Import Permit Regulations*, which prescribes the information to be furnished by applicants for permits, could not by implication create a right to a permit upon the simple fulfilment of this requirement. The Regulation imposes a requirement upon an applicant for a permit; it does not create, expressly or impliedly, a duty to issue a permit upon the fulfilment of this requirement. The information simply forms part of the basis on which the Minister is to exercise his discretion whether or not to issue a permit, and if so, upon what terms and conditions. The authority conferred by section 12 of the Act to make regulations respecting certain matters affecting import permits is not inconsistent with a discretionary authority in the Minister to issue or to refuse to issue a permit, although needless to say, in the exercise of his discretion he must conform to the Regulations. There is nothing in the terms of section 12, which empowers the Governor in Council to lay down certain requirements affecting permits, to suggest that it was intended to confer authority to determine the conditions upon the fulfilment of which every applicant would be entitled to a permit. The permit which the Minister may issue pursuant to section 8 is certainly subject to the terms and conditions imposed by the Regulations but that is a different thing from conditions which qualify or eliminate altogether his discretion as to whether to grant a permit at all. In conclusion, it is my opinion that section 8 confers a discretionary authority to issue import permits and does not create a duty to issue them upon the fulfilment of certain conditions.

It is clear, then, in my view, that the Minister has been accorded a discretion under s. 8 of the Act. The fact that the Minister in his policy guidelines issued in the Notice to Importers employed the words: "If Canadian product is not offered at the market price, a permit will normally be issued; . . . " does not fetter the exercise of that discretion. The discretion is given by the Statute and the formulation and adoption of general policy guidelines cannot confine it. There is nothing improper or unlawful for the Minister charged with responsibility for the administration of the general scheme provided for in the Act and Regulations to formulate and to state general requirements for the granting of import permits. It will be

certificats ou autres autorisations peuvent être délivrés ou concédés sous le régime de la présente loi». De plus, l'article 3 du *Règlement sur les licences d'importation*, qui précise les renseignements que doit fournir celui qui sollicite l'octroi d'une licence, ne peut créer implicitement un droit à une licence qui résulterait du seul fait d'avoir rempli les formalités prévues. Le Règlement impose des exigences à l'auteur d'une demande de licence; il ne crée ni expressément ni tacitement d'obligation de délivrer la licence dès que ces exigences sont remplies. Les renseignements servent simplement à fournir une pratique du fondement à partir duquel le Ministre exercera son pouvoir discrétionnaire de délivrer ou non une licence et, s'il en délivre une, de déterminer les conditions auxquelles celle-ci sera assujettie. Le pouvoir accordé par l'article 12 de la Loi d'établir des règlements quant à certains sujets touchant les licences d'importation n'est pas incompatible avec l'attribution au Ministre d'un pouvoir discrétionnaire de délivrer ou de refuser de délivrer une licence, bien qu'il doive évidemment se conformer au Règlement dans l'exercice de ce pouvoir. Il n'y a rien dans les termes de l'article 12, lequel article autorise le gouverneur en conseil à déterminer les exigences touchant les licences, qui donne à penser qu'on ait simplement entendu donner le pouvoir de déterminer des conditions qu'il suffirait au requérant de remplir pour avoir droit à une licence. La licence que le Ministre peut délivrer en vertu de l'article 8 est certainement sujette aux conditions prescrites par le Règlement, mais il ne s'agit pas là de conditions qui diminuent ou suppriment complètement le pouvoir discrétionnaire qu'il a d'accorder une licence. En conclusion, j'estime que l'article 8 confère un pouvoir discrétionnaire de délivrer des licences d'importation et qu'il ne crée pas d'obligation de les délivrer du seul fait que les conditions fixées sont remplies.

Il est donc manifeste, à mon avis, que l'art. 8 de la Loi accorde un pouvoir discrétionnaire au Ministre. Le fait que le Ministre ait employé dans ses lignes directrices contenues dans l'avis aux importateurs les mots: «Si le produit canadien n'est pas offert au prix du marché, une licence est émise . . . » n'entrave pas l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. C'est la Loi qui accorde le pouvoir discrétionnaire et la formulation et l'adoption de lignes directrices générales ne peut le restreindre. Il n'y a rien d'illégal ou d'anormal à ce que le Ministre chargé d'appliquer le plan général établi par la Loi et les règlements formule et publie des conditions générales de délivrance de licences d'importation. Il est utile que les demandeurs de

helpful to applicants for permits to know in general terms what the policy and practice of the Minister will be. To give the guidelines the effect contended for by the appellant would be to elevate ministerial directions to the level of law and fetter the Minister in the exercise of his discretion. Le Dain J. dealt with this question at some length and said, at p. 513:

> The Minister may validly and properly indicate the kind of considerations by which he will be guided as a general rule in the exercise of his discretion (see *British Oxygen Co. Ltd. v. Minister of Technology* [1971] A.C. (H.L.) 610; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission* [1978] 2 S.C.R. 141, at pp. 169-171), but he cannot fetter his discretion by treating the guidelines as binding upon him and excluding other valid or relevant reasons for the exercise of his discretion (see *Re Hopedale Developments Ltd. and Town of Oakville* [1965] 1 O.R. 259).

In any case, the words employed in s. 8 do not necessarily fetter the discretion. The use of the expression "a permit will normally be issued" is by no means equivalent to the words 'a permit will necessarily be issued'. They impose no requirement for the issue of a permit.

In construing statutes such as those under consideration in this appeal, which provide for far-reaching and frequently complicated administrative schemes, the judicial approach should be to endeavour within the scope of the legislation to give effect to its provisions so that the administrative agencies created may function effectively, as the legislation intended. In my view, in dealing with legislation of this nature, the courts should, wherever possible, avoid a narrow, technical construction, and endeavour to make effective the legislative intent as applied to the administrative scheme involved. It is, as well, a clearly-established rule that the courts should not interfere with the exercise of a discretion by a statutory authority merely because the court might have exercised the discretion in a different manner had it been charged with that responsibility. Where the statutory discretion has been exercised in good faith and, where required, in accordance with the principles of natural justice, and where reliance has not

licences connaissent les grandes lignes de la politique et de la pratique que le Ministre entend suivre. Donner aux lignes directrices la portée que l'appelante allègue qu'elles ont équivaudrait à attribuer un caractère législatif aux directives ministérielles et entraverait l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Ministre. Le judge Le Dain a analysé cette question et dit, à la p. 513:

> Le Ministre est libre d'indiquer le type de considérations qui, de façon générale, le guideront dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire (voir *British Oxygen Co. Ltd. c. Minister of Technology* [1971] A.C. (C.L.) 610; *Capital Cities Communications Inc. c. Le Conseil de la Radio-Télévision canadienne* [1978] 2 R.C.S. 141, aux pp. 169 à 171), mais il ne peut pas entraver ce pouvoir discrétionnaire en tenant les lignes directrices pour obligatoires et en excluant tous les autres motifs valides ou pertinents pour lesquels il peut exercer son pouvoir discrétionnaire (voir *Re Hopedale Developments Ltd. and Town of Oakville* [1965] 1 O.R. 259).

De toute façon, les termes employés dans l'art. 8 n'entravent pas nécessairement l'exercice du pouvoir discrétionnaire. L'expression «une licence est émise» n'est absolument pas équivalente à «une licence est nécessairement émise». Ces termes n'imposent pas de condition à la délivrance d'une licence.

En interprétant des lois semblables à celles qui sont visées en l'espèce et qui mettent en place des arrangements administratifs souvent compliqués et importants, les tribunaux devraient, pour autant que les textes législatifs le permettent, donner effet à ces dispositions de manière à permettre aux organismes administratifs ainsi créés de fonctionner efficacement comme les textes le veulent. A mon avis, lorsqu'elles examinent des textes de ce genre, les cours devraient, si c'est possible, éviter les interprétations strictes et formalistes et essayer de donner effet à l'intention du législateur appliquée à l'arrangement administratif en cause. C'est aussi une règle bien établie que les cours ne doivent pas s'ingérer dans l'exercice qu'un organisme désigné par la loi fait d'un pouvoir discrétionnaire simplement parce que la cour aurait exercé ce pouvoir différemment si la responsabilité lui en avait incombé. Lorsque le pouvoir discrétionnaire accordé par la loi a été exercé de bonne foi et, si nécessaire, conformément aux principes de justice

been placed upon considerations irrelevant or extraneous to the statutory purpose, the courts should not interfere. This approach has been followed by Le Dain J. and I accept and adopt his words, at p. 514, where, though he had earlier noted that the appellant's view of the policy guidelines was not unreasonable, he said:

> In the present case the Minister, acting through the Office of Special Import Policy, appears to have adopted, as the reason for refusing the supplementary import permits sought by the appellant, the considerations which are disclosed in the passages quoted above from the letters of the Agency to the appellant. These considerations relate to the quantity of eviscerated chicken available and the over-all requirements of the market. Having regard to the terms of section 5(1)(*a*.1) of the *Export and Import Permits Act* and the description or definition of the product in Item 19 of the Import Control List, the proclamation establishing the Agency, and the *Canadian Chicken Marketing Quota Regulations*, I am unable to conclude that these considerations are clearly extraneous or irrelevant to the statutory purpose for which chicken was placed on the Import Control List and to which the exercise of the Minister's discretion must be related.

I would therefore dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: McCarthy & McCarthy, Toronto.*

*Solicitor for the respondents: R. Tassé, Ottawa.*

naturelle, si on ne s'est pas fondé sur des considérations inappropriées ou étrangères à l'objet de la loi, les cours ne devraient pas modifier la décision. C'est le point de vue adopté par le juge Le Dain; j'accepte et j'adopte le passage de la p. 514 où, tout en ayant souligné plus tôt que l'interprétation des lignes directrices par l'appelante n'était pas déraisonnable, il dit:

> Dans la présente affaire, le Ministre, agissant par l'entremise de la Direction générale de la politique sur l'importation de certains produits, paraît avoir fondé son refus d'accorder à l'appelante les licences d'importation supplémentaires demandées sur les considérations mentionnées dans les extraits cités plus haut des lettres de l'Office à l'appelante. Ces considérations portent sur la quantité du poulet éviscéré disponible et sur les besoins de l'ensemble du marché. Compte tenu des termes de l'article 5(1)*a*.1) de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, de la définition ou description donnée du produit au numéro 19 de la liste de marchandises d'importation contrôlée, à la proclamation créant l'Office et au *Règlement canadien sur le contingentement de la commercialisation des poulets*, je ne puis conclure que ces considérations sont manifestement inappropriées ou étrangères à l'objet légal pour lequel le poulet a été ajouté à la liste de marchandises d'importation contrôlée et auquel l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Ministre doit être rattaché.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: McCarthy & McCarthy, Toronto.*

*Procureur des intimés: R. Tassé, Ottawa.*

**The Regional Municipality of Peel** *Appellant*;

and

**Thomas MacKenzie and Viking Houses, a Division of Marshall Children's Foundation** *Respondents*;

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario and the Attorney General of Quebec** *Interveners.*

File No.: 16212.

1981: December 3; 1982: July 22.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Juvenile delinquents — Municipalities — Support of child — Federal Act authorizing a court to order a municipality to pay for the support of a juvenile delinquent — Whether provision necessarily incidental to Parliament's criminal law power — Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3, s. 20(1),(2) — British North America Act, 1867, s. 91(27), 92(8).*

This appeal is concerned with the validity of a provincial judge's custody order, under s. 20 of the *Juvenile Delinquents Act*, which directed the appellant municipality to which the delinquent child belongs to contribute to the child's support. Appellant appealed unsuccessfully to Ontario's Supreme Court and Court of Appeal. The issue before this Court is whether the enactment of s. 20(2), in so far as it purports to authorize the imposition by Court order of a financial burden on municipalities, was ancillary to and necessarily incidental to the proper exercise by Parliament of its legislative power under s. 91(27) of the *British North America Act, 1867*.

*Held*: The appeal should be allowed.

Parliament did not have the authority to enact s. 20(2), in so far as it is made applicable to municipalities. This was not legislation in relation to criminal law or criminal procedure, and it was not truly necessary for the effective exercise of Parliament's legislative authority in these fields. Municipalities are under the legisla-

**La municipalité régionale de Peel** *Appelante*;

et

**Thomas MacKenzie et Viking Houses, une filiale de Marshall Children's Foundation** *Intimés*;

et

**Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario et le procureur général du Québec** *Intervenants.*

N° du greffe: 16212.

1981: 3 décembre; 1982: 22 juillet.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit constitutionnel — Jeunes délinquants — Municipalités — Entretien de l'enfant — Loi fédérale qui autorise une cour à ordonner à une municipalité de payer pour l'entretien d'un jeune délinquant — La disposition est-elle nécessairement accessoire au pouvoir du Parlement en matière de droit criminel? — Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, chap. J-3, art. 20(1),(2) — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 91(27), 92(8).*

Le présent pourvoi porte sur la validité d'une ordonnance de garde prononcée par un juge provincial en vertu de l'art. 20 de la *Loi sur les jeunes délinquants*, qui enjoint à la municipalité appelante à laquelle l'enfant appartient de contribuer à l'entretien de l'enfant. Les appels de l'appelante à la Cour suprême de l'Ontario et à la Cour d'appel ont échoué. La question soumise à cette Cour est de savoir si le texte du par. 20(2), dans la mesure où, sous son empire, la cour est autorisée à imposer une charge financière aux municipalités, est utile et nécessairement accessoire à l'exercice efficace, par le Parlement, de son pouvoir législatif en vertu de l'art. 91(27) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*.

*Arrêt*: Le pourvoi est accueilli.

Le Parlement n'avait pas le pouvoir d'adopter le par. 20(2) dans la mesure où il s'applique aux municipalités. Il ne s'agit pas d'une disposition relative au droit criminel ou à la procédure criminelle et cette disposition n'est pas vraiment nécessaire à l'exercice efficace de l'autorité législative du Parlement dans ces domaines.

tive control of provincial legislatures (s. 92(8) *B.N.A. Act*). The effect of s. 20(2) in so far as it relates to municipalities, was to alter the role of municipal institutions not only with respect to financial matters but also with respect to their duty toward persons found within their boundaries. This was an indirect amendment to provincial legislation respecting municipalities and it could not be justified in the absence of a direct link with federal legislative power under s. 91(27). Here, there was no direct link between the municipality "to which the child belongs" and the issue of the child's criminality. The obligation sought to be imposed on the municipality arises only after the criminal proceedings have been completed and sentence has been imposed.

*Attorney General of British Columbia v. Smith*, [1967] S.C.R. 702; *Toronto Transportation Commission v. Canadian National Railways and City of Toronto*, [1930] S.C.R. 94; *Toronto Railway Co. v. Corporation of the City of Toronto*, [1920] A.C. 426; *Corporation of the City of Toronto v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1908] A.C. 54; *County of Carleton v. City of Ottawa* (1909), 41 S.C.R. 552; *City of Toronto v. Grand Trunk Railway Co.* (1906), 37 S.C.R. 232; *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940; *Corporation of the City of Toronto v. The King*, [1932] A.C. 98, distinguished; *Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213; *Reference re Troops in Cape Breton*, [1930] S.C.R. 554, considered; *Regional Municipality of Peel v. Viking Houses* (1977), 16 O.R. (2d) 632, affirmed 16 O.R. (2d) 765 (C.A.); *Re Dunne*, [1962] O.R. 595, overruled; *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 695, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario (1980), 29 O.R. (2d) 439, 113 D.L.R. (3d) 350, dismissing appellant's appeal from a judgment of Van Camp J., upholding a custody order made pursuant to s. 20 of the *Juvenile Delinquents Act*. Appeal allowed.

*J. Edgar Sexton, Q.C.*, and *Brian Morgan*, for the appellant.

*Ian G. Scott, Q.C.*, for the respondents.

*E. G. Ewaschuk, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Les municipalités sont assujetties au contrôle législatif des législatures des provinces (*A.A.N.B.*, art. 92(8)). Dans la mesure où il se rapporte aux municipalités, le par. 20(2) a pour effet de modifier le rôle des institutions municipales non seulement quant aux questions financières mais également à l'égard de leurs obligations envers les personnes qui se trouvent sur leur territoire. C'est là une modification indirecte des lois provinciales relatives aux municipalités qui n'est pas justifiée en l'absence d'un lien direct avec le pouvoir législatif fédéral en vertu de l'art. 91(27). En l'espèce, il n'y a pas de lien direct entre la municipalité «à laquelle il [l'enfant] appartient» et la question de la criminalité de l'enfant. L'obligation que la Loi cherche à imposer à la municipalité se présente uniquement une fois les procédures criminelles complétées et la sentence imposée.

Jurisprudence: distinction faite avec les arrêts *Attorney General of British Columbia c. Smith*, [1967] R.C.S. 702; *Toronto Transportation Commission c. Canadian National Railways and City of Toronto*, [1930] R.C.S. 94; *Toronto Railway Co. v. Corporation of the City of Toronto*, [1920] A.C. 426; *Corporation of the City of Toronto v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1908] A.C. 54; *County of Carleton c. City of Ottawa* (1909), 41 R.C.S. 552; *City of Toronto c. Grand Trunk Railway Co.* (1906), 37 R.C.S. 232; *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940; *Corporation of the City of Toronto v. The King*, [1932] A.C. 98; arrêts examinés: *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213; *Reference re Troops in Cape Breton*, [1930] R.C.S. 554; arrêts rejetés: *Regional Municipality of Peel v. Viking Houses* (1977), 16 O.R. (2d) 632, confirmé à 16 O.R. (2d) 765 (C.A.); *Re Dunne*, [1962] O.R. 595; arrêt mentionné: *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1980), 29 O.R. (2d) 439, 113 D.L.R. (3d) 350, qui a rejeté l'appel de l'appelante à l'encontre d'un jugement du juge Van Camp qui a maintenu une ordonnance de garde délivrée conformément à l'art. 20 de la *Loi sur les jeunes délinquants*. Pourvoi accueilli.

*J. Edgar Sexton, c.r.*, et *Brian Morgan*, pour l'appelante.

*Ian G. Scott, c.r.*, pour les intimés.

*E. G. Ewaschuk, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*T. H. Wickett, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Jean-K. Samson* and *Lorraine Pilette*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—This appeal is concerned with the validity of an order dated July 26, 1977, made under the provisions of the *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-3, by a provincial judge, which committed the custody of Tracey Jean Nash, who had been adjudged to be a juvenile delinquent, to the respondent Thomas MacKenzie, who is a supervisor with the respondent Viking Houses. The judge directed that he should put the child in a Viking House near Peterborough. The municipality was directed, pursuant to s. 20(2) of the Act, to pay the sum of $43 per day for her support in the Viking House. The appellant's appeal against this order to a judge of the Supreme Court of Ontario was dismissed and a further appeal to the Appeal Court for Ontario was also dismissed. Leave was given for an appeal to this Court.

Tracey Jean Nash had been adjudged to be a juvenile delinquent in a previous proceeding before the same judge on April 7, 1977, and had been placed in the custody of Viking Houses. On April 21, 1977, Holland J. gave judgment in another case (*Regional Municipality of Peel v. Viking Houses* (1977), 16 O.R. (2d) 632) in which he held that a family court judge had no jurisdiction to place a juvenile delinquent in Viking Houses or any similar group home. This judgment was affirmed by the Ontario Court of Appeal ((1977), 16 O.R. (2d) 765) and by this Court ([1979] 2 S.C.R. 1134).

As a result of the judgment of Holland J. in that case, Tracey Jean Nash was brought back before the provincial judge by Viking Houses. At the hearing, counsel for Viking Houses proposed that custody of the child be given to the respondent Thomas MacKenzie and that he would formally place the child in the Viking Houses group home at which she had been staying. The appellant

*T. H. Wickett, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Jean-K. Samson* et *Lorraine Pilette*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MARTLAND—Le présent pourvoi porte sur la validité d'une ordonnance rendue le 26 juillet 1977 par un juge provincial en vertu des dispositions de la *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, chap. J-3, par laquelle il a confié la garde de Tracey Jean Nash, qu'il avait déclarée jeune délinquante, à l'intimé Thomas MacKenzie, qui est un surveillant au service de l'intimée Viking Houses. Le juge lui a ordonné de placer l'enfant dans un foyer Viking Houses situé près de Peterborough. En vertu du par. 20(2) de la Loi, il a ordonné à la municipalité de payer la somme de $43 par jour pour l'entretien de l'enfant dans ce foyer. L'appel interjeté par l'appelante à l'encontre de cette ordonnance devant un juge de la Cour suprême de l'Ontario a été rejeté, et un appel ultérieur à la Cour d'appel de l'Ontario a subi le même sort. L'appelante se pourvoit devant cette Cour sur autorisation.

Dans une procédure antérieure, le même juge a déclaré, le 7 avril 1977, que Tracey Jean Nash était une jeune délinquante et l'a confiée à la garde de Viking Houses. Le 21 avril 1977, le juge Holland a rendu jugement dans une autre affaire (*Regional Municipality of Peel v. Viking Houses* (1977), 16 O.R. (2d) 632) et a conclu qu'un juge du tribunal de la famille n'avait pas le pouvoir d'ordonner qu'un jeune délinquant soit confié à Viking Houses ou à un foyer collectif de ce genre. Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel de l'Ontario ((1977), 16 O.R. (2d) 765) et par cette Cour ([1979] 2 R.C.S. 1134).

Par suite du jugement du juge Holland dans cette affaire, Viking Houses a ramené Tracey Jean Nash devant le juge provincial. A l'audience, l'avocat de Viking Houses a proposé que la garde de l'enfant soit confiée à l'intimé Thomas MacKenzie et que ce dernier place officiellement l'enfant dans le foyer collectif Viking Houses où elle avait séjourné. L'appelante s'y est opposée pour le motif

objected on the ground that such an order would simply be a device to circumvent the judgment of Holland J. in the previous case.

The Court awarded care and custody of the child to the respondent MacKenzie but directed him not to remove the child from the Viking House near Peterborough without the permission of the Court. It was ordered that the money payable by the appellant should be paid to the respondent MacKenzie at the Toronto address of the respondent Viking Houses.

On the appeal to the Court of Appeal the appellant raised the issue of the constitutional validity of s. 20(2) of the *Juvenile Delinquents Act* in so far as it purported to authorize the Court to order the municipality to which a delinquent child belongs to contribute to the child's support.

This issue had been raised in the earlier case of *Regional Municipality of Peel v. Viking Houses*, mentioned previously. Holland J., in that case, at p. 651, held that s. 20(2) was *intra vires* of the Parliament of Canada to enact "as being ancillary to and necessarily incidental to the proper exercise by the Parliament of Canada of its criminal legislative power pursuant to s. 91(27) of the *British North America Act, 1867*." The Court of Appeal, in that case, also mentioned the constitutional validity of the subsection in the following terms (at p. 768): "In our view s. 20(2) is a necessary part of the effective operation of the entire statute and was validly enacted by Parliament under its powers in relation to criminal law".

The constitutional validity of s. 20(2) was not decided on the appeal to this Court as the Court had determined, without deciding that issue, that the respondent municipalities were entitled to the relief which they sought.

In the present case, in view of the judgment of the Court of Appeal in the earlier case, the constitutional question was not addressed in oral argument before that Court, but the issue was raised by the appellant in its factum and both parties affirmed their positions in their factums. The

qu'une ordonnance en ce sens serait simplement un moyen de tourner le jugement du juge Holland dans l'affaire antérieure.

La Cour a confié le soin et la garde de l'enfant à l'intimé MacKenzie, mais lui a ordonné de ne pas retirer l'enfant du foyer Viking House situé près de Peterborough sans la permission de la Cour. Il a ordonné que la somme payable par l'appelante soit versée à l'intimé MacKenzie à l'adresse de l'intimée Viking Houses à Toronto.

Devant la Cour d'appel, l'appelante a soulevé la question de la constitutionnalité du par. 20(2) de la *Loi sur les jeunes délinquants*, dans la mesure où il vise à autoriser la Cour à ordonner à la municipalité à laquelle appartient l'enfant de verser une somme pour son entretien.

Cette question avait été soulevée dans l'affaire antérieure *Regional Municipality of Peel v. Viking Houses*, précitée. Dans cette affaire, le juge Holland a conclu à la p. 651 que le Parlement du Canada avait le pouvoir d'adopter le par. 20(2) [TRADUCTION] «puisqu'il est utile et nécessairement accessoire à l'exercice efficace du pouvoir législatif qu'accorde au Parlement du Canada, en matière criminelle, le par. 91(27) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*». Dans cette affaire, la Cour d'appel a elle aussi fait mention de la constitutionnalité de ce paragraphe en disant (à la p. 768): [TRADUCTION] «A notre avis, le par. 20(2) est un élément nécessaire à l'application efficace de l'ensemble de la Loi et il a été valablement adopté par le Parlement en vertu de ses pouvoirs en matière de droit criminel».

La constitutionnalité du par. 20(2) n'a pas été tranchée lors du pourvoi devant cette Cour, celle-ci ayant décidé, sans se prononcer sur cette question, que les municipalités intimées avaient droit au redressement demandé.

En l'espèce, étant donné l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire antérieure, la question constitutionnelle n'a pas été plaidée oralement devant elle, mais l'appelante l'a soulevée dans son mémoire et les deux parties ont confirmé leurs positions dans leurs mémoires respectifs. La question pouvait

matter was therefore open for consideration on the appeal to this Court.

The constitutional question before this Court was stated by the Chief Justice in the following terms:

Is subsection 2 of section 20 of the *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, Chapter J-3, in so far as it purports to authorize the imposition by Court Order of a financial burden on municipalities for the support of Juvenile Delinquents in furtherance of an Order made under subsection 1 of section 20, within the legislative competence of the Parliament of Canada?

On the argument of the appeal, submissions were made on behalf of the Attorneys General of Canada and Ontario in support of the validity of the legislation and by the Attorney General of Quebec contesting its validity.

Section 20 of the *Juvenile Delinquents Act* provides as follows:

**20.** (1) In the case of a child adjudged to be a juvenile delinquent the court may, in its discretion, take either one or more of the several courses of action hereinafter in this section set out, as it may in its judgment deem proper in the circumstances of the case:

(*a*) suspend final disposition;

(*b*) adjourn the hearing or disposition of the case from time to time for any definite or indefinite period;

(*c*) impose a fine not exceeding twenty-five dollars, which may be paid in periodical amounts or otherwise;

(*d*) commit the child to the care or custody of a probation officer or of any other suitable person;

(*e*) allow the child to remain in its home, subject to the visitation of a probation officer, such child to report to the court or to the probation officer as often as may be required;

(*f*) cause the child to be placed in a suitable family home as a foster home, subject to the friendly supervision of a probation officer and the further order of the court;

(*g*) impose upon the delinquent such further or other conditions as may be deemed advisable;

(*h*) commit the child to the charge of any children's aid society, duly organized under an Act of the legislature of the province and approved by the lieutenant governor in council, or, in any municipality in which

donc être soulevée lors du pourvoi devant cette Cour.

Le Juge en chef a énoncé comme suit la question constitutionnelle soumise à cette Cour:

Le paragraphe 2 de l'article 20 de la *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, chapitre J-3, relève-t-il de la compétence législative du Parlement du Canada, dans la mesure où, sous son empire, la Cour est autorisée à imposer une charge financière aux municipalités pour l'entretien des jeunes délinquants en application d'une décision rendue en vertu du paragraphe 1 de l'article 20?

Au cours des plaidoiries, des arguments ont été présentés au nom des procureurs généraux du Canada et de l'Ontario à l'appui de la validité de la disposition législative et au nom du procureur général du Québec qui en conteste la validité.

L'article 20 de la *Loi sur les jeunes délinquants* dispose:

**20.** (1) Lorsqu'il a été jugé que l'enfant était un jeune délinquant, la cour peut, à sa discrétion, pendre une ou plusieurs des mesures diverses ci-dessous énoncées au présent article, selon qu'elle le juge opportun dans les circonstances,

*a*) suspendre le règlement définitif;

*b*) ajourner, à l'occasion, l'audition ou le règlement de la cause pour une période déterminée ou indéterminée;

*c*) imposer une amende d'au plus vingt-cinq dollars, laquelle peut être acquittée par versements périodiques ou autrement;

*d*) confier l'enfant au soin ou à la garde d'un agent de surveillance ou de toute autre personne recommandable;

*e*) permettre à l'enfant de rester dans sa famille, sous réserve de visites de la part d'un agent de surveillance, l'enfant étant tenu de se présenter à la cour ou devant cet agent aussi souvent qu'il sera requis de le faire;

*f*) faire placer cet enfant dans une famille recommandable comme foyer d'adoption, sous réserve de la surveillance bienveillante d'un agent de surveillance et des ordres futurs de la cour;

*g*) imposer au délinquant les conditions supplémentaires ou autres qui peuvent paraître opportunes;

*h*) confier l'enfant à quelque société d'aide à l'enfance, dûment organisée en vertu d'une loi de la législature de la province et approuvée par le lieutenant-gouverneur en conseil, ou, dans toute muni-

there is no children's aid society, to the charge of the superintendent, if there is one; or

(*i*) commit the child to an industrial school duly approved by the lieutenant governor in council.

(2) In every such case it is within the power of the court to make an order upon the parent or parents of the child, or upon the municipality to which the child belongs, to contribute to the child's support such sum as the court may determine, and where such order is made upon the municipality, the municipality may from time to time recover from the parent or parents any sum or sums paid by it pursuant to such order.

. . .

The appellant's submission relates only to subs. (2) and solely in relation to the provisions of that subsection respecting the obligation which may be imposed upon a municipality.

The position taken by the respondents is that the subsection could properly be enacted by the Parliament of Canada by virtue of its power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, to legislate in relation to:

27. The Criminal Law, except the Constitution of Courts of Criminal Jurisdiction, but including the Procedure in Criminal Matters.

It was contended, in the alternative, that the subsection could be sustained as being ancillary to subsection (1) which is a valid exercise of Parliament's legislative authority.

The submission of the appellant is that the imposition of financial obligations upon a municipality for support of a juvenile delinquent is not legislation in relation to criminal law and that it cannot be regarded as necessarily incidental to legislation in the field of criminal law.

The respondent relies upon the judgment of this Court in *Attorney General of British Columbia v. Smith* [1967] S.C.R. 702. In that case the main question was as to whether the whole of the *Juvenile Delinquents Act* was *intra vires* of the Parliament of Canada to enact as being valid criminal legislation. The Court unanimously decided that it was. Fauteux J. (as he then was), who delivered the judgment of the Court, said at p. 713:

cipalité où il n'existe pas de société d'aide à l'enfance, aux soins du surintendant, s'il en est un; ou

*i*) confier l'enfant à une école industrielle dûment approuvée par le lieutenant-gouverneur en conseil.

(2) Dans chacun de ces cas, la cour est autorisée à rendre un ordre enjoignant aux père et mère de l'enfant ou au père ou à la mère ou à la municipalité à laquelle il appartient, de verser pour son entretien telle somme que la cour peut déterminer, et lorsque cet ordre est donné à la municipalité, cette dernière peut à l'occasion recouvrer des père et mère ou du père ou de la mère de l'enfant la somme ou les sommes qu'elle a versées en exécution de cet ordre.

. . .

L'argument de l'appelante ne porte que sur le par. (2) et uniquement sur les dispositions de ce paragraphe qui concernent l'obligation qui peut être imposée à une municipalité.

Les intimés font valoir que le Parlement du Canada peut à bon droit adopter ce paragraphe en vertu du pouvoir que lui accorde le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* de faire des lois relatives à:

27. La loi criminelle, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle.

On fait valoir, à titre subsidiaire, que ce paragraphe est valide puisqu'il est accessoire au par. (1) qui est l'expression de l'exercice valide de l'autorité législative du Parlement.

L'appelante allègue que l'imposition d'obligations financières à une municipalité pour l'entretien d'un jeune délinquant n'est pas relative au droit criminel et qu'on ne peut la considérer comme nécessairement accessoire à une loi du domaine du droit criminel.

Les intimés s'appuient sur l'arrêt de cette Cour *Attorney General of British Columbia c. Smith*, [1967] R.C.S. 702. Dans cette affaire, la principale question était de savoir si la *Loi sur les jeunes délinquants* dans son ensemble était *intra vires* du Parlement du Canada en tant que loi valide en matière criminelle. La Cour à l'unanimité a reconnu ce pouvoir au Parlement. Le juge Fauteux (alors juge puîné), qui a rendu le jugement de la Cour, dit à la p. 713:

With deference to those who entertain a contrary view, I am clearly of opinion that, in its true nature and character, the Act, far from being legislation adopted under the guise of criminal law to encroach on subjects reserved to the provinces, is genuine legislation in relation to criminal law in its comprehensive sense.

This is the statement of a conclusion that the true nature and character of the Act is legislation in relation to criminal law. This is not contested by the appellant. The appellant's contention is that one particular portion of the Act, *i.e.* s. 20(2), in so far as it relates to municipalities, is not criminal law legislation.

The respondent points out that Fauteux J. in his reasons gave a general outline of the main operative provisions of the Act and referred at p. 709 to the courses open to the court after a child had been adjudged to be a delinquent:

> . . . a variety of exceptional courses of action,—primarily meant to assist, help, encourage, supervise and reform the delinquent rather than to punish him,—which, upon the child being adjudged to be a juvenile delinquent, may be taken by the judge in the light of the opinion he forms as to both the child's own good and the community's best interest;

The respondent seeks to interpret this as being an approval of the constitutional validity of s. 20(2). However, Fauteux J., in outlining generally the provisions of the Act, made no reference to the provision contained in s. 20(2). The reference, above quoted, is to the provisions of s. 20(1), the constitutional validity of which is not challenged. The issue raised in the present appeal did not arise in the *Smith* case, was never argued in that case and, in my opinion, was not dealt with in the judgment in that case.

The respondent submits the proposition that: "This Court and the Privy Council have consistently upheld the constitutional validity of legislation in which Parliament, acting pursuant to an admitted head of power under s. 91, has imposed some portion of the expense of administering the legislation on parties obtaining benefit from it".

Counsel for the respondent has correctly limited his proposition to cases in which parties obtain benefit from it. The cases cited to support the

[TRADUCTION] Avec égards pour les tenants de l'opinion contraire, je suis clairement d'avis que, par sa nature et son caractère véritables, cette loi, loin d'être une loi adoptée sous l'apparence d'une loi criminelle pour empiéter sur des sujets réservés aux provinces, est une véritable loi criminelle dans son sens le plus large.

Il découle de la conclusion ainsi formulée que la nature et le caractère véritables de la Loi en font une loi relative au droit criminel. L'appelante ne conteste pas ce point. Elle prétend qu'une partie précise de la Loi, soit le par. 20(2), dans la mesure où il se rapporte aux municipalités, n'est pas une disposition législative relative au droit criminel.

Les intimés soulignent que le juge Fauteux, dans ses motifs, a donné un aperçu des principales dispositions de fond de la Loi et qu'à la p. 709, il a mentionné les mesures qui s'offrent à la cour après qu'un enfant a été déclaré délinquant:

> [TRADUCTION] . . . diverses mesures exceptionnelles, — qui visent d'abord à aider, secourir, encourager, surveiller et réhabiliter le délinquant plutôt qu'à le punir, — que peut prendre le juge lorsque l'enfant est déclaré délinquant, suivant l'opinion qu'il se forme tant du bien de l'enfant que des meilleurs intérêts de la collectivité;

Les intimés cherchent à interpréter ce passage comme la reconnaissance de la constitutionnalité du par. 20(2). Cependant, dans son aperçu général des dispositions de la Loi, le juge Fauteux n'a pas mentionné les dispositions que contient le par. 20(2). Le passage ci-dessous se rapporte aux dispositions du par. 20(1) dont la constitutionnalité n'est pas attaquée. La question que soulève le présent pourvoi ne s'est pas posée dans l'affaire *Smith*, n'y a pas été débattue et, à mon avis, n'est pas couverte dans l'arrêt alors rendu.

Les intimés soumettent que [TRADUCTION] «Cette Cour et le Conseil privé ont reconnu de façon constante la constitutionnalité de dispositions législatives par lesquelles le Parlement, agissant conformément à un pouvoir reconnu aux termes de l'art. 91, a imposé une part des dépenses relatives à l'application de la loi aux parties qui en bénéficient».

L'avocat des intimés a justement restreint sa proposition aux cas où les parties en bénéficient. Les affaires citées à l'appui de cette proposition

proposition are cases in which the Board of Railway Commissioners, when dealing with applications to construct bridges or overpasses and similar works, has required a party deriving benefit from the work constructed to contribute toward its cost[1].

The situation in the present case is not in any way similar. The appellant, to use counsel's own words, is not "a party obtaining any benefit" from the *Juvenile Delinquents Act* or from any court order made pursuant to s. 20(1). Section 20(2) imposes an obligation for which there is no corresponding benefit.

In the earlier case of *Regional Municipality of Peel v. Viking Houses*, Holland J. held that s. 20(2) was constitutionally valid as being ancillary to and necessarily incidental to the proper exercise by Parliament of its criminal legislative power; I read the conclusions stated by the Court of Appeal in that case as being based upon that ground—it "is a necessary part of the effective operation of the entire statute".

A similar view had been expressed earlier by Schatz J. in *Re Dunne*, [1962] O.R. 595.

Unless it were held to be necessarily incidental to the exercise of Parliament's legislative authority in the field of criminal law, in the enactment of the *Juvenile Delinquents Act*, it would not be possible to support the constitutional validity of the subsection. It is designed to come into operation only after the trial has occurred, the accused has been found to be a juvenile delinquent and the Court has decided as to the disposition of the delinquent child. It is not a part of the definition of the offence, of the procedures to be followed or of the penalties which may be imposed. What it seeks to do is to impose upon municipalities the financial burden of contributing toward the support of a delinquent child who has already been tried, convicted and made subject to the disposition pre-

[1] *Toronto Transportation Commission v. Canadian National Railways and City of Toronto*, [1930] S.C.R. 94; *Toronto Railway Co. v. Corporation of the City of Toronto*, [1920] A.C. 426; *Corporation of the City of Toronto v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1908] A.C. 54; *County of Carleton v. City of Ottawa* (1909), 41 S.C.R. 552; *City of Toronto v. Grand Trunk Railway Co.* (1906), 37 S.C.R. 232.

sont celles dans lesquelles la Commission des chemins de fer, examinant des demandes de construction de ponts ou de viaducs et d'ouvrages semblables, a exigé que la partie qui en bénéficiait contribue au coût des travaux[1].

La situation en l'espèce est bien différente. L'appelante, pour employer les mots de l'avocat, n'est pas [TRADUCTION] «une partie qui bénéficie» de la *Loi sur les jeunes délinquants* ou d'une ordonnance judiciaire rendue en application du par. 20(1). Le paragraphe 20(2) impose une obligation sans conférer d'avantage correspondant.

Dans l'affaire antérieure *Regional Municipality of Peel v. Viking Houses*, le juge Holland a conclu que le par. 20(2) était constitutionnel puisqu'il est utile et nécessairement accessoire à l'exercice efficace du pouvoir législatif du Parlement en matière criminelle; j'estime que les conclusions de la Cour d'appel dans cette affaire s'appuient sur le motif que «c'est un élément nécessaire à l'application efficace de l'ensemble de la Loi».

Dans l'arrêt *Re Dunne*, [1962] O.R. 595, le juge Schatz avait adopté une opinion semblable.

Il n'est pas possible de confirmer la constitutionnalité du paragraphe, dans le texte de la *Loi sur les jeunes délinquants*, à moins de conclure qu'il est nécessairement accessoire à l'exercice de la compétence législative du Parlement dans le domaine du droit criminel. Il est conçu pour prendre effet uniquement après que le procès a eu lieu, que l'accusé a été déclaré jeune délinquant et que la Cour a décidé des mesures à prendre à son égard. Cette disposition ne fait pas partie de la définition de l'infraction, des procédures à suivre ou des peines qui peuvent être imposées. Elle vise à imposer aux municipalités la charge financière de contribuer à l'entretien d'un enfant délinquant qui a déjà été jugé, déclaré coupable et à qui on a imposé les mesures prévues dans l'ordonnance de

[1] *Toronto Transportation Commission c. Canadian National Railways and City of Toronto*, [1930] R.C.S. 94; *Toronto Railway Co. v. Corporation of the City of Toronto*, [1920] A.C. 426; *Corporation of the City of Toronto v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1908] A.C. 54; *County of Carleton c. City of Ottawa* (1909), 41 R.C.S. 552; *City of Toronto c. Grand Trunk Railway Co.* (1906), 37 R.C.S. 232.

scribed in the Court order. In my opinion this is not, *per se*, legislation in relation to criminal law.

The respondent cited the decision in *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940 in which this Court upheld the constitutional validity of s. 653 of the *Criminal Code* which empowers a court which has convicted an accused of an indictable offence to order the accused to pay to a person aggrieved an amount by way of satisfaction or compensation for loss of or damage to property suffered as a result of the commission of the offence. This conclusion was reached on the basis that s. 653 was a part of the sentencing process.

There is no analogy between s. 653 and s. 20(2). Section 653 is part of the sentencing process and the liability to pay is imposed upon the accused. Section 20(2) operates after the sentencing process is complete and imposes the liability to pay, not on the accused, but upon a third party.

The issue to be determined in this appeal is, therefore, whether the enactment of s. 20(2) was, as Holland J. put it, ancillary to and necessarily incidental to the proper exercise by Parliament of its legislative power.

The respondent contends that the function of the Court is to review the impugned provision in the context of the overall legislative scheme and to uphold its validity if the provision is "if not essential at least incidental to the power to legislate on criminal matters, for it may well go to the efficacy of such legislation". The quoted words appear at p. 104 of the judgment of the Privy Council in *Corporation of the City of Toronto v. The King*, [1932] A.C. 98. These words must however be read in their context. The issue in that case was as to the validity of the proviso to s. 1036(1) of the *Criminal Code* which directed that, in the Province of Ontario, fines were to be paid over to a municipal or local authority bearing, in whole or in part, the expense of administering the law under which the fine was imposed. The passage from the judgment reads as follows:

la cour. A mon avis, ce n'est pas, intrinsèquement, une disposition législative relative au droit criminel.

Les intimés ont cité l'arrêt *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, dans lequel cette Cour a confirmé la constitutionnalité de l'art. 653 du *Code criminel* qui donne à une cour qui a condamné un individu accusé d'un acte criminel le pouvoir d'ordonner que l'accusé paie à une personne lésée un montant comme réparation ou dédommagement pour la perte de biens ou le dommage à des biens subi par suite de la perpétration de l'infraction. Cette conclusion a été retenue parce que l'art. 653 fait partie du processus de sentence.

Il n'y a pas d'analogie entre l'art. 653 et le par. 20(2). L'article 653 fait partie du processus de sentence et l'obligation de paiement est imposée à l'accusé. Le paragraphe 20(2) entre en jeu après l'imposition de la sentence et impose à un tiers et non à l'accusé l'obligation de payer.

La question qu'il faut trancher en l'espèce est donc de savoir si le texte du par. 20(2) est, comme le dit le juge Holland, utile et nécessairement accessoire à l'exercice efficace, par le Parlement, de son pouvoir législatif.

Les intimés allèguent que la Cour a pour fonction d'examiner la disposition attaquée dans le contexte de l'économie générale de la Loi et d'en confirmer la validité si la disposition est [TRADUCTION] «sinon essentielle, du moins accessoire au pouvoir de légiférer sur des matières criminelles, puisqu'elle peut toucher à l'efficacité de cette loi». Cette citation est extraite de la p. 104 de l'arrêt du Conseil privé *Corporation of the City of Toronto v. The King*, [1932] A.C. 98. Il faut cependant l'interpréter dans son contexte. Dans cette affaire, la question portait sur la validité de la disposition du par. 1036(1) du *Code criminel* qui prévoyait que, dans la province de l'Ontario, les amendes devaient être versées aux autorités locales ou municipales qui assumaient, en totalité ou en partie, les frais d'application de la loi en vertu de laquelle l'amende était imposée. Le passage en question se lit comme suit:

Turning now to s. 91 of the British North America Act, their Lordships find that "notwithstanding anything in this Act," and therefore notwithstanding the provisions of s. 109, "the exclusive legislative authority of the Parliament of Canada extends to all matters coming within . . . the criminal law." Plainly, and indeed admittedly, this confers on the Dominion Parliament the exclusive right by legislation to create and define crimes and to impose penalties for their commission. In their Lordships' opinion it no less empowers the Dominion legislature to direct how penalties for infraction of the criminal law shall be applied. It has always been regarded as within the scope of criminal legislation to make provision for the disposal of penalties inflicted, as innumerable instances show, and the power to do so is, if not essential, at least incidental, to the power to legislate on criminal matters for it may well go to the efficacy of such legislation.

[TRADUCTION] En ce qui concerne maintenant l'art. 91 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, leurs Seigneuries concluent que «nonobstant toute disposition du présent acte», et donc nonobstant les dispositions de l'art. 109, «l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans . . . le droit criminel». Il est clair et en fait reconnu qu'il confère au Parlement fédéral le droit exclusif de légiférer pour créer et définir des infractions et imposer des peines correspondantes. Leurs Seigneuries sont d'avis qu'il permet aussi au Parlement fédéral de prescrire la façon d'appliquer les peines en matière de droit criminel. On a toujours considéré qu'il était du domaine du droit criminel de légiférer sur le mode d'application des peines infligées, comme de multiples cas l'indiquent, et le pouvoir de ce faire, s'il n'est pas essentiel, est au moins accessoire au pouvoir de légiférer en matière criminelle car il peut avoir un effet sur l'efficacité de cette législation. Si l'on devait dissocier du pouvoir de créer les peines celui de prescrire leur mode d'application et le confier à une autre autorité, il est facile de voir à quel point la législation pénale serait atteinte, sinon rendre inefficace.

The Privy Council in that case decided only that Parliament, which under the criminal law power had authority to impose fines, could direct that they be paid to municipalities which bore the expense of administering the law. The case is of little assistance in determining whether Parliament having created a legislative scheme in respect of the trial and disposition of juvenile delinquents could impose upon municipalities the financial burden of supporting juvenile delinquents after their conviction.

Dans cette affaire, le Conseil privé a seulement décidé que le Parlement, qui avait le pouvoir d'imposer des amendes en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, pouvait ordonner qu'elles soient versées aux municipalités qui assument les frais d'application de la loi. Cet arrêt ne nous aide pas à décider si le Parlement, qui a créé une loi relative au procès des jeunes délinquants et aux mesures à prendre à leur égard, peut imposer aux municipalités le fardeau financier d'assurer l'entretien des jeunes délinquants après qu'ils ont été déclarés coupables.

There have been two recent cases in this Court which have referred to the extent of Parliament's authority to enact ancillary legislation. In *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 695, Pigeon J., who wrote the reasons of the majority, said, at p. 713, that the ancillary power doctrine is limited to what is truly necessary for the effective exercise of Parliament's legislative authority. There was no expression of dissent from this proposition in the dissenting reasons. The phrase "necessarily incidental" was used in *Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213 at p. 226.

Deux arrêts récents de cette Cour se rapportent à l'étendue du pouvoir du Parlement d'adopter des lois accessoires. Dans l'arrêt *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695, le juge Pigeon, qui a rédigé les motifs de la majorité, dit, à la p. 713, que la doctrine du pouvoir accessoire est limitée à ce qui est vraiment nécessaire à l'exercice efficace de l'autorité législative du Parlement. Les motifs de dissidence ne contestent pas cet énoncé. L'expression «nécessairement accessoire» a été employée dans l'arrêt *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213, à la p. 226.

In the *Fowler* case the issue was as to the constitutional validity of s. 33(3) of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, which provided that:

(3) No person engaging in logging, lumbering, land clearing or other operations, shall put or knowingly permit to be put, any slash, stumps or other debris into any water frequented by fish or that flows into such water, or on the ice over either such water, or at a place from which it is likely to be carried into either such water.

After referring to definitions of the word "fishery", the Court, at p. 224, said:

The legislation in question here does not deal directly with fisheries, as such, within the meaning of those definitions. Rather, it seeks to control certain kinds of operations not strictly on the basis that they have deleterious effects on fish but, rather, on the basis that they might have such effects. *Prima facie*, subs. 33(3) regulates property and civil rights within a province. Dealing, as it does, with rights and not dealing specifically with "fisheries", in order to support the legislation it must be established that it provides for matters necessarily incidental to effective legislation on the subject-matter of sea coast and inland fisheries.

The conclusion reached by the Court, at p. 226, was as follows:

Subsection 33(3) makes no attempt to link the proscribed conduct to actual or potential harm to fisheries. It is a blanket prohibition of certain types of activity, subject to provincial jurisdiction, which does not delimit the elements of the offence so as to link the prohibition to any likely harm to fisheries. Furthermore, there was no evidence before the Court to indicate that the full range of activities caught by the subsection do, in fact, cause harm to fisheries. In my opinion, the prohibition in its broad terms is not necessarily incidental to the federal power to legislate in respect of sea coast and inland fisheries and is *ultra vires* of the federal Parliament.

The respondent has not demonstrated that it is essential to the operation of the legislative scheme provided in the *Juvenile Delinquents Act* that the cost of supporting juvenile delinquents must be borne by the municipalities. Nor has the respond-

Dans l'affaire *Fowler*, la question portait sur la constitutionnalité du par. 33(3) de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, chap. F-14, qui se lit:

(3) Il est interdit à quiconque fait l'abattage ou la coupe de bois, le défrichement ou autres opérations de déposer ou de permettre sciemment de déposer des déchets de bois, souches ou autres débris dans une eau fréquentée par le poisson ou qui se déverse dans cette eau, ou sur la glace qui recouvre l'une ou l'autre de ces eaux, ou de les déposer dans un endroit d'où il est probable qu'ils soient entraînés dans l'une ou l'autre de ces eaux.

Après avoir examiné les définitions du terme «pêcherie», la Cour a dit, à la p. 224:

La disposition législative en cause ici ne traite pas directement des pêcheries, comme telles, au sens où l'entendent ces définitions. Elle cherche plutôt à réglementer certaines activités non parce qu'elles ont des conséquences nuisibles sur le poisson à strictement parler mais plutôt parce qu'elles pourraient en avoir. De prime abord, le par. 33(3) réglemente la propriété et les droits civils dans les limites d'une province. Puisqu'il traite effectivement de ces droits et non spécifiquement de «pêcheries», il faut, pour en appuyer la validité, démontrer qu'il vise des sujets nécessairement accessoires à une législation efficace en matière de pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur.

La Cour a conclu comme suit, à la p. 226:

Le paragraphe 33(3) ne cherche pas à établir un lien entre la conduite prohibée et les dommages, réels ou probables, que les pêcheries pourraient subir. C'est une interdiction générale d'exercer certaines activités de compétence provinciale; ce paragraphe ne fixe pas les éléments de l'infraction de manière à établir un lien entre l'interdiction et les dommages vraisemblables aux pêcheries. De plus, aucune preuve produite devant la Cour n'indique que l'ensemble des activités visées par le paragraphe cause effectivement des dommages aux pêcheries. A mon avis, l'interdiction, dans ses termes généraux, n'est pas nécessairement accessoire au pouvoir fédéral de légiférer sur les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur et elle excède les pouvoirs du Parlement fédéral.

Les intimés n'ont pas établi qu'il est essentiel au fonctionnement de l'ensemble des mesures prévues dans la *Loi sur les jeunes délinquants* que les frais d'entretien des jeunes délinquants soient assumés par les municipalités. En outre, les intimés n'ont

ent submitted any authority to support the proposition that, as incidental to the exercise of its legislative powers, Parliament can impose a financial burden upon an institution, such as a municipality, which is the creature of the Provincial Legislature, and whose powers, including the power to raise and spend money, are defined solely by provincial legislation.

The case of the *Reference re Troops in Cape Breton* [1930] S.C.R. 554 decided that the Parliament of Canada could not impose upon a province the duty to pay expenses incurred in connection with a requisition calling out the active militia in aid of the civil power. The *Militia Act*, R.S.C. 1906, c. 41, as amended by 1924 (Can.), c. 57 enabled the Attorney General of a province to requisition the services of the active militia in aid of the civil power where a riot or disturbance occurred or was anticipated as likely to occur. The Attorney General of Nova Scotia made such a requisition in respect of a riot or disturbance at a power plant at New Waterford, Cape Breton. The requisition stated that the Attorney General, on behalf of the Province of Nova Scotia, undertook that all expenses and costs incurred by reason of the calling out of the militia would be paid by the province.

Section 86 of the Act provided for the content of a requisition. Subsections (2) and (3) provided:

(2) Moreover in every case there shall be embodied in the requisition, which shall be signed by the Attorney General, an unconditional undertaking that the province shall pay to His Majesty all expenses and costs incurred by His Majesty by reason of the militia, or any part thereof, being called out or serving in aid of the civil power as by the requisition required.

(3) Every statement of fact contained in any requisition made under the provisions of this Act shall be conclusive and binding upon the province on behalf of which the requisition is made; and every undertaking or promise in any such requisition contained shall be binding upon the province and not open to any question or dispute by reason of any alleged incompetence or lack of authority on the part of the Attorney General to make the same, or for any other reason.

soumis aucune jurisprudence à l'appui de la proposition que, accessoirement à l'exercice de ses pouvoirs législatifs, le Parlement peut imposer un fardeau financier à une institution, telle une municipalité, qui est créée par le législateur provincial et dont les pouvoirs, y compris le pouvoir de prélever et de dépenser des fonds, sont définis uniquement par la loi provinciale.

Dans l'affaire *Reference re Troops in Cape Breton*, [1930] R.C.S. 554, on a décidé que le Parlement du Canada ne pouvait imposer à une province l'obligation de payer les frais imputables à une réquisition demandant à la milice active de prêter main-forte aux autorités civiles. La *Loi de Milice*, S.R.C. 1906, chap. 41, modifiée par 1924 (Can.), chap. 57, permettait au procureur général d'une province de demander les services de la milice active pour prêter main-forte aux autorités civiles lorsqu'une émeute ou des troubles se produisaient ou lorsqu'on les appréhendait réellement. Le procureur général de la Nouvelle-Écosse a fait une demande en ce sens pour une émeute ou des troubles à une centrale électrique à New Waterford au Cap Breton. La réquisition énonçait que le procureur général, au nom de la province de la Nouvelle-Écosse, s'engageait à ce que tous les frais imputables à l'appel de la milice soient payés par la province.

L'article 86 de la Loi prévoyait la teneur de la réquisition; les paragraphes (2) et (3) se lisaient ainsi:

(2) De plus, dans chaque cas, il est incorporé dans la réquisition, qui doit être signée par le Procureur général, un engagement pur et simple portant que la province paiera à Sa Majesté tous frais et dépens faits par Sa Majesté en raison du fait que la milice, ou quelqu'une de ses parties, a été appelée sous les drapeaux ou a servi pour prêter main-forte aux autorités civiles ainsi qu'elle en a été priée par la réquisition.

(3) Toute déclaration de faits contenue dans une réquisition faite sous l'empire des dispositions de la présente loi, est définitive et obligatoire pour la province au nom de laquelle la réquisition est faite; et tout engagement ou promesse contenue dans cette réquisition lie la province et n'est sujette à aucune controverse ou contestation pour cause de prétendue incompétence ou de défaut d'autorisation de la part du Procureur général à faire cette réquisition, ni pour une autre raison.

A question was referred to this Court as to the liability of the province to pay all costs and expenses incurred by reason of the calling out of the militia.

The Attorney General of Canada contended that the provisions of the Act constituted an offer by Canada to the province, and that upon acceptance of the offer, coupled with the undertaking, a contractual obligation arose. The Attorney General of Nova Scotia contended that was not the effect of the statute and that the Attorney General had no authority to bind the provincial Crown by the undertaking.

Duff J. (as he then was) decided that the province was not liable. He said, at p. 561-62:

In the view I am about to state, however, it is really unnecessary to pass upon any question as to the scope of the authority of the Attorney-General of Nova Scotia. I think Mr. Geoffrion's contention is unanswerable, that the sections of the *Militia Act*, upon which the Dominion relies, repose certain powers in the person occupying the position of Attorney-General in the province for the time being, but that the exercise of these powers does not in any way depend upon the consent of the Lieutenant-Governor, or of the provincial legislature. That, I think, is made clear by subsection 3 of section 86, . . .

. . .

Obviously this statute envisages the Attorney-General, not in his capacity as Attorney-General to His Majesty as the Sovereign Head of the province, but as a person in whom certain powers are vested, and on whom certain duties are laid by the statute. The sections apply to every province and go into operation independently of the scope of the Attorney-General's authority to bind the province in respect of the expenditure of moneys for such purposes.

It follows that these enactments do not contemplate a duty to pay proceeding from a contract between the province and the Dominion. The Solicitor-General in his very candid argument did not contend that the duty to pay these expenses could be imposed by the Dominion on the province *in invitum*, and that, of course, would be a plain violation of the fundamental principle of the *British North America Act*. The revenues of the province are vested in His Majesty as the supreme head of the province, and the right of appropriation of all such

On a demandé à cette Cour si la province était tenue de payer tous les frais imputables à l'appel de la milice.

Le procureur général du Canada a fait valoir que les dispositions de la Loi constituaient une offre faite par le Canada à la province, et qu'à compter de l'acceptation de l'offre, assortie de l'engagement, une obligation contractuelle prenait naissance. Le procureur général de la Nouvelle-Écosse a fait valoir que tel n'était pas l'effet de la Loi et que le procureur général n'avait pas le pouvoir de lier la province en vertu de l'engagement.

Le juge Duff (alors juge puîné) a décidé que la province n'était pas tenue au paiement. Il a dit, aux pp. 561 et 562:

[TRADUCTION] Cependant, étant donné les observations qui suivent, il n'est vraiment pas nécessaire d'examiner la question de l'étendue du pouvoir du procureur général de la Nouvelle-Écosse. Je pense que la prétention de Me Geoffrion est incontestable, que les articles de la *Loi de Milice* qu'invoque le procureur général du Canada confèrent certains pouvoirs à la personne qui occupe le poste de procureur général de la province à l'époque considérée, mais que l'exercice de ces pouvoirs ne dépend d'aucune façon du consentement du lieutenant-gouverneur, ou de la législature provinciale. Le paragraphe 3 de l'article 86 l'énonce clairement, . . .

. . .

Il est évident que cette loi envisage le procureur général non pas à titre de procureur général de Sa Majesté du chef de la province, mais comme une personne à qui certains pouvoirs ont été conférés, et à qui la loi impose certaines obligations. Les articles s'appliquent à chaque province et ont leur effet indépendamment de l'étendue du pouvoir du procureur général de lier la province à l'égard des dépenses de fonds à ces fins.

Il s'ensuit que ces dispositions n'envisagent pas une obligation de payer une somme en vertu d'un contrat intervenu entre la province et le Canada. Dans sa plaidoirie très sincère, le solliciteur général n'a pas fait valoir que l'obligation de payer ces dépenses peut être imposée par le Canada à la province *in invitum*, et de fait, ce serait une violation évidente du principe fondamental de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Les revenus de la province sont dévolus à Sa Majesté comme chef suprême de la province, et le droit de

revenues belongs to the legislature of the province exclusively.

There was no suggestion in this case that the provisions of s. 86(3) were reasonably ancillary to the provisions of the *Militia Act* dealing with aid to the civil power, which were properly enacted pursuant to s. 91(7) of the *British North America Act, 1867*.

If the Parliament of Canada cannot impose on a province a duty to pay expenses, without its consent, it is my view that likewise it cannot, without the interposition of the province, impose such a duty upon municipal institutions in the province, created by the province pursuant to s. 92(8) of that Act.

In my opinion the Parliament of Canada did not have the authority to enact s. 20(2), in so far as it is made applicable to municipalities. This is not legislation in relation to criminal law or criminal procedure, and it was not truly necessary for the effective exercise of Parliament's legislative authority in these fields. The provisions of s. 20(2), in so far as they relate to municipalities, constitute legislation which affects the civil rights of municipalities, which are, themselves, the creation of and subject to the legislative control of the provincial legislatures. Section 92(8) of the *Constitution Act, 1867* gave to the provinces the exclusive right to make laws in relation to "Municipal Institutions in the Province". The establishment of municipal institutions is effected by the provinces pursuant to this power. The effect of s. 20(2) is to alter the role of municipal institutions, not necessarily limited to financial matters but also with respect to their duty toward persons found within their boundaries. This is an indirect amendment to provincial legislation respecting municipalities. It could not be justified in the absence of a direct link with federal legislative power under s. 91(27). There is no direct link between the municipality "to which the child belongs" and the issue of the child's criminality. The obligation sought to be imposed on the municipality arises only after the criminal proceedings have been completed and sentence has been imposed.

disposer de ces revenus appartient exclusivement à la législature de la province.

Cet arrêt ne laisse pas entendre que les dispositions du par. 86(3) étaient raisonnablement accessoires aux dispositions de la *Loi de Milice* traitant de l'aide aux autorités civiles, qui ont été adoptées à bon droit en vertu de l'art. 91(7) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*.

Si le Parlement du Canada ne peut imposer à une province une obligation de payer des dépenses sans qu'elle y consente, je suis d'avis qu'il ne peut pas plus, sans l'intervention de la province, imposer une obligation semblable aux institutions municipales que la province a créées conformément à l'art. 92(8) de cet Acte.

A mon avis, le Parlement du Canada n'avait pas le pouvoir d'adopter le par. 20(2) dans la mesure où il s'applique aux municipalités. Il ne s'agit pas d'une disposition relative au droit criminel ou à la procédure criminelle, et cette disposition n'est pas vraiment nécessaire à l'exercice efficace de l'autorité législative du Parlement dans ces domaines. Dans la mesure où elles se rapportent aux municipalités, les dispositions du par. 20(2) constituent un texte législatif qui touche aux droits civils des municipalités qui sont, elles-mêmes, créées par les législatures des provinces et assujetties au contrôle législatif de ces dernières. L'article 92(8) de la *Loi constitutionnelle de 1867* a donné aux provinces le droit exclusif de faire des lois relatives aux «institutions municipales dans la province». C'est conformément à ce pouvoir que les provinces créent des institutions municipales. Le paragraphe 20(2) a pour effet de modifier le rôle des institutions municipales, pas nécessairement quant aux seules questions financières mais également à l'égard de leurs obligations envers les personnes qui se trouvent sur leur territoire. C'est là une modification indirecte des lois provinciales relatives aux municipalités. Ce paragraphe n'est pas justifié en l'absence d'un lien direct avec le pouvoir législatif fédéral en vertu de l'art. 91(27). Il n'y a pas de lien direct entre la municipalité «à laquelle il [l'enfant] appartient» et la question de la criminalité de l'enfant. L'obligation que la Loi cherche à imposer à la municipalité se présente uniquement une fois les procédures criminelles complétées et la sentence imposée.

In my opinion the deletion of the reference to municipalities in s. 20(2) can be effected without affecting the substance of the remainder of the Act and it is a proper case for severance.

In view of the above conclusions, it is not necessary to consider the other grounds of appeal raised by the appellant.

I would allow the appeal. I would answer the constitutional question stated by the Chief Justice in the negative. The judgments of the courts below should be set aside in so far as they relate to the imposition upon the appellant of any obligation to make any payments to the respondents. The appellant should be entitled, as against the respondents, to its costs in this Court and in the courts below. There should be no costs payable by or to any of the interveners.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Solicitors for the respondents: Stapells & Sewell, Toronto, and counsel for the respondents' solicitors: Cameron, Brewin & Scott, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: A. Randall Dick, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean-K. Samson and Lorraine Pilette, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: R. Tassé, Ottawa.*

A mon avis, la suppression de la mention des municipalités au par. 20(2) peut se faire sans porter atteinte au fond du reste de la Loi et il s'agit d'un cas où le paragraphe est divible.

Compte tenu des conclusions qui précèdent, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres moyens d'appel qu'a soulevés l'appelante.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de répondre par la négative à la question constitutionnelle qu'a énoncée le Juge en chef. Je suis d'avis d'infirmer les jugements des cours d'instance inférieure dans la mesure où ils imposent à l'appelante l'obligation de faire des paiements aux intimés. Les intimés doivent payer à l'appelante ses dépens en cette Cour et dans les cours d'instance inférieure. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens pour ou contre les intervenants.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Procureurs des intimés: Stapells & Sewell, Toronto, et avocats-conseils des procureurs des intimés: Cameron, Brewin & Scott, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: A. Randall Dick, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean-K. Samson et Lorraine Pilette, Ste-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: R. Tassé, Ottawa.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*;

and

**Robert Mark Abbey** *Respondent.*

File No.: 16589.

1981: December 16; 1982: July 22.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Defence of insanity — Hypomania — Accused knew actions to be wrong — Delusion that immune from punishment if caught — Whether or not accused rendered incapable of appreciating the nature and quality of his act — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 16.*

*Evidence — Hearsay — Whether or not trial judge erred in treating as factual the hearsay evidence on which expert opinion based.*

Respondent was found not guilty on account of insanity, of importing cocaine into Canada and of unlawful possession of cocaine for the purpose of trafficking. A hypomaniac, respondent knew he was doing wrong but believed that, if caught, he would not be punished. The trial judge found that respondent's incapacity to appreciate the nature and quality of his acts met the test of s. 16(2), and more particularly, that he did not "appreciate" the consequences of punishment associated with the commission of the offence. This appeal is from a judgment of the British Columbia Court of Appeal upholding the verdict reached by the trial judge.

*Held*: The appeal should be allowed.

The defence of insanity was not open to respondent. Accused's failure, because of his delusions, to appreciate the penal sanctions attaching to the crime did not bring him within the ambit of the first arm of the insanity defence. The requirement that the accused be able to perceive the consequences of the physical act is a restatement, specific to the defence of insanity, of the principle of *mens rea* as a requisite element in the commission of a crime. The mental element must be proved with respect to all circumstances, and consequences, that form part of the *actus reus*. Punishment is not an *element* of the crime itself, but may be the *result* of the commission of the criminal act. "Wrong", used in the second half of s. 16(2), means wrong according to

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*;

et

**Robert Mark Abbey** *Intimé.*

N° du greffe: 16589.

1981: 16 décembre; 1982: 22 juillet.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

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

*Droit criminel — Défense d'aliénation mentale — Hypomanie — Actes que l'accusé savait mauvais — Illusion d'une immunité contre toute peine — L'accusé était-il incapable de juger la nature et la qualité de son acte? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 16.*

*Preuve — Ouï-dire — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en traitant comme des faits les éléments de preuve par ouï-dire sur lesquels était fondée l'opinion de l'expert?*

Accusé d'importation de cocaïne au Canada et de possession illégale de cocaïne en vue d'en faire le trafic, l'intimé a été déclaré non coupable pour cause d'aliénation mentale. Victime d'hypomanie, il savait que ce qu'il faisait était mauvais, mais croyait que, si on l'y prenait, il resterait impuni. Le juge du procès a conclu que l'incapacité de l'intimé de juger la nature et la qualité de ses actes satisfaisait au critère énoncé au par. 16(2) et, plus particulièrement, qu'il «ne se rendait pas compte» des conséquences pénales liées à la perpétration de l'infraction. Le pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a maintenu le verdict rendu par le juge du procès.

*Arrêt*: Le pourvoi est accueilli.

L'intimé ne peut invoquer la défense d'aliénation mentale. Son incapacité, en raison d'hallucinations, de se rendre compte des sanctions pénales dont l'infraction est assortie ne fait pas jouer en sa faveur le premier volet de la défense d'aliénation mentale. L'exigence que l'accusé soit capable de percevoir les conséquences de l'acte matériel constitue une réitération, propre à la défense d'aliénation mentale, du principe de la *mens rea* en tant qu'élément nécessaire de la perpétration d'un crime. Il faut prouver l'existence de l'élément mental relativement à toutes les circonstances et à toutes les conséquences qui font partie de l'*actus reus*. La peine n'est pas un *élément* du crime lui-même, mais elle peut être le *résultat* de la perpétration de l'acte criminel. Le mot «mau-

law, and as it has been established that respondent's act was forbidden by law, respondent's inability to "appreciate" the penal consequences was irrelevant to the question of legal sanity.

Irresistible impulse does not exist as a defence but may be symptomatic of a disease of the mind giving rise to a defence of insanity. The trial judge's comments were made in the context of his consideration of the insanity defence and specifically rejected a defence of diminished responsibility.

The trial judge erred in accepting as factual much of the hearsay evidence related by an expert in the course of giving his opinion. The expert's opinion, however, was admissible even if based on second-hand evidence, for that opinion is not determinative of an issue but a question of fact to be accepted or rejected as the judge or jury see fit.

*Cooper v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1149; *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673; *R. v. Borg*, [1969] S.C.R. 551, considered; *R. v. Barnier*, [1980] 1 S.C.R. 1124; *Kjeldsen v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 617; *Codere* (1916), 12 Cr. App. R. 21; *R. v. Harrop* (1940), 74 C.C.C. 228; *R. v. Crook* (1979), 1 Sask. R. 273; *R. v. Rabey* (1977), 37 C.C.C. (2d) 461; *R. v. Creighton* (1908), 14 C.C.C. 349; *Subramaniam v. Public Prosecutor*, [1956] 1 W.L.R. 965; *Turner* (1974), 60 Crim. App. R. 80; *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14; *R. v. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49; *R. v. Rosik*, [1971] 2 O.R. 47; *Phillion v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 18; *R. v. Perras* (1972), 8 C.C.C. (2d) 209, referred to.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1981), 60 C.C.C. (2d) 49, 21 C.R. (3d) 63, 29 B.C.L.R. 212, dismissing an appeal from a judgment of Spencer C.C.J. finding respondent not guilty on account of insanity. Appeal allowed.

*Eugene G. Ewaschuk, Q.C.*, and *S. David Frankel*, for the appellant.

*Josiah Wood*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—Robert Mark Abbey was tried by a judge sitting alone on two charges (i) importing

vais» employé dans la seconde partie du par. 16(2) signifie mauvais selon la loi, et vu qu'il est établi que l'intimé a commis un acte illégal, son incapacité de «juger» les conséquences pénales n'a aucun rapport avec la question de l'aliénation mentale au sens de la loi.

L'impulsion irrésistible ne constitue pas un moyen de défense, mais elle peut être symptomatique d'une maladie mentale donnant lieu à une défense d'aliénation mentale. Le juge du procès a fait ses observations dans le cadre de son étude de la défense d'aliénation mentale et il a formellement rejeté l'existence d'une défense de responsabilité atténuée.

Le juge du procès a commis une erreur en acceptant comme des faits une bonne partie des éléments de preuve par ouï-dire relatés par un expert au cours de son témoignage. L'opinion de l'expert est toutefois recevable, même si elle est fondée sur un ouï-dire, car cette opinion n'est pas déterminante, étant au contraire une question de fait que le juge ou le jury sont libres d'accepter ou de rejeter.

Jurisprudence: arrêts examinés: *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149; *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673; *R. c. Borg* , [1969] R.C.S. 551; arrêts mentionnés: *R. c. Barnier*, [1980] 1 R.C.S. 1124; *Kjeldsen c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 617; *Codere* (1916), 12 Cr. App. R. 21; *R. v. Harrop* (1940), 74 C.C.C. 228; *R. v. Crook* (1979), 1 Sask. R. 273; *R. v. Rabey* (1977), 37 C.C.C. (2d) 461; *R. v. Creighton* (1908), 14 C.C.C. 349; *Subramaniam v. Public Prosecutor*, [1956] 1 W.L.R. 965; *Turner* (1974), 60 Crim. App. R. 80; *Wilband c. La Reine*, [1967] R.C.S. 14; *R. v. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49; *R. v. Rosik*, [1971] 2 O.R. 47; *Phillion c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 18; *R. v. Perras* (1972), 8 C.C.C. (2d) 209.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1981), 60 C.C.C. (2d) 49, 21 C.R. (3d) 63, 29 B.C.L.R. 212, qui a rejeté un appel contre un jugement par lequel le juge Spencer de la Cour de comté a déclaré l'intimé non coupable pour cause d'aliénation mentale. Pourvoi accueilli.

*Eugene G. Ewaschuk, c.r.*, et *S. David Frankel*, pour l'appelante.

*Josiah Wood*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—Robert Mark Abbey a subi son procès devant un juge siégeant seul relative-

cocaine into Canada and (ii) unlawful possession of cocaine for the purpose of trafficking. His sole defence was that he was insane at the material time. The trial judge gave effect to that defence. He found Abbey not guilty on account of insanity and the Court of Appeal of British Columbia dismissed a Crown appeal. The matter has now, by leave, reached this Court.

I

The Facts and History of the Case

The facts surrounding the commission of the offence are not in dispute. Pursuant to s. 582 of the *Criminal Code* Abbey admitted, amongst others, the following facts alleged against him, for the purpose of dispensing with proof. On Sunday, May 13, 1979, Abbey arrived at the Vancouver International Airport on C.P. Air Flight No. 421 from Lima, Peru. He entered Canada carrying a brown shoulder bag containing two clear plastic bags the contents of which weighed 5.5 ounces and analyzed to be approximately 50 per cent pure cocaine. After disembarkation, Abbey proceeded directly to the Canada Customs primary counter where he presented his passport and a signed customs declaration. He then obtained his suitcase from a baggage carousel and proceeded to the Customs secondary counter. Abbey placed the suitcase and shoulder bag on the counter. The Customs Inspector looked into the shoulder bag and observed a camera case and underneath it two plastic bags of white powder, the cocaine. The following conversation ensued between the Customs Inspector, Jung, and Abbey:

Jung: (holding the two plastic bags of white powder). "What is it?"

Abbey: "You got me."

Jung: "What is it?"

Abbey: "It's coke."

R.C.M.P. Constable Giesbrecht arrived on the scene:

ment à deux accusations, savoir (i) importation de cocaïne au Canada et (ii) possession illégale de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Il a invoqué comme seul moyen de défense l'aliénation mentale à l'époque en question. Le juge du procès a retenu ce moyen. Il a déclaré Abbey non coupable pour cause d'aliénation mentale et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel du ministère public. L'affaire est maintenant soumise à cette Cour, avec l'autorisation de cette dernière.

I

Les faits et l'historique de la cause

Les faits entourant la perpétration de l'infraction sont incontestés. Conformément à l'art. 582 du *Code criminel*, Abbey a notamment reconnu les faits suivants allégués contre lui afin de dispenser d'en faire la preuve. Le dimanche 13 mai 1979, Abbey est arrivé à l'aéroport international de Vancouver à bord du vol n° 421 de C.P. Air en provenance de Lima au Pérou. Quand il est entré au Canada, il portait un sac à bandoulière brun qui contenait deux sacs en plastique transparent dont le contenu, qui pesait 5.5 onces, était, comme l'a révélé une analyse, de la cocaïne pure à environ 50 pour cent. Une fois descendu de l'avion, Abbey s'est rendu directement au comptoir d'examen primaire de Douanes Canada, où il a présenté son passeport et signé une déclaration en douane. Il est alors allé chercher sa valise qui se trouvait sur un distributeur circulaire et s'est rendu au comptoir d'examen secondaire des douanes. Abbey a déposé la valise et le sac à bandoulière sur le comptoir. Le douanier a fouillé le sac à bandoulière et remarqué un étui pour appareil photographique et, en-dessous, deux sacs en plastique qui contenaient de la poudre blanche, savoir la cocaïne. La conversation suivante a alors eu lieu entre le douanier qui s'appelait Jung, et Abbey:

[TRADUCTION]

Jung: (tenant les deux sacs en plastique contenant la poudre blanche). «Qu'est-ce que c'est?»

Abbey: «Je suis fait.»

Jung: «Qu'est-ce que c'est?»

Abbey: «C'est de la «coke».»

L'agent Giesbrecht de la G.R.C. est arrivé sur les lieux:

Giesbrecht: (indicating the brown shoulder bag). "What's in here?"

Abbey: "Naturally cocaine."

Giesbrecht: "How much?"

Abbey: "130 to 150 grams."

Giesbrecht: "You need not say anything, however, anything you do say may be given in evidence. You understand this?"

Giesbrecht: "What's the white powder?"

Abbey: "Cocaine."

Giesbrecht: "You brought the cocaine into the country?"

Abbey: "Yes."

Giesbrecht: (indicating the brown shoulder bag). "Did you bring this suitcase into the country?"

Abbey: "Yes."

Later in the day Abbey gave the police a signed statement in which he said that in the last two weeks of April, 1979, while still in Canada, he had received $900 from three individuals on the express understanding that he would purchase 13 grams of cocaine for them in Peru. The two plastic bags contained 158.7 grams of cocaine, the "street value" of which was $76,320, if cut to 13 per cent purity, or $18,150 if sold, uncut, by the ounce. It was a profit venture. In his statement to police which was submitted in evidence, Abbey was asked if there were anything he would like to say with respect to the importation of cocaine. He replied:

It was just there. I've been down there many times and when you see it for five dollars. I was going to school and [*sic*] the Philippines and it was the perfect way to have a perfect year. I can't believe I did it.

As I have said, the only defence raised was s. 16(2) of the *Criminal Code*, insanity. Section 16 of the *Code* reads:

**16.** (1) No person shall be convicted of an offence in respect of an act or omission on his part while he was insane.

[TRADUCTION]

Giesbrecht: (pointant le sac à bandoulière brun). «Qu'y a-t-il là-dedans?»

Abbey: «De la cocaïne, naturellement.»

Giesbrecht: «Combien?»

Abbey: «De 130 à 150 grammes.»

Giesbrecht: «Vous n'êtes pas tenu de dire quoi que ce soit, mais tout ce que vous direz peut servir de preuve. Comprenez-vous cela?»

Giesbrecht: «C'est quoi la poudre blanche?»

Abbey: «De la cocaïne.»

Giesbrecht: «Vous avez importé la cocaïne au pays?»

Abbey: «Oui.»

Giesbrecht: (pointant le sac à bandoulière brun). «Avez-vous apporté cette valise au pays?»

Abbey: «Oui.»

Plus tard dans la journée, Abbey a fait à la police une déclaration signée dans laquelle il affirmait qu'au cours des deux dernières semaines d'avril 1979, alors qu'il était encore au Canada, il avait reçu $900 de trois individus à la condition expresse qu'il achète pour eux 13 grammes de cocaïne au Pérou. Les deux sacs en plastique contenaient 158.7 grammes de cocaïne dont la «valeur de revente» était de $76,320, si elle était réduite à 13 pour cent de pureté, ou de $18,150 si elle était vendue intégralement à l'once. Il s'agissait d'une entreprise à but lucratif. Lorsqu'il faisait sa déclaration à la police, laquelle déclaration a été présentée en preuve, on a demandé à Abbey s'il voulait dire quoi que ce soit concernant l'importation de la cocaïne. Il a répondu:

[TRADUCTION] Elle était tout simplement là. J'ai souvent voyagé là-bas et quand on la voit à cinq dollars. J'étais étudiant et j'allais faire un voyage aux Philippines et c'était le moyen parfait d'avoir une année parfaite. Je n'arrive pas à croire que je l'ai fait.

Comme je l'ai déjà dit, le seul moyen de défense qu'on a invoqué est le par. 16(2) du *Code criminel*, savoir l'aliénation mentale. L'article 16 du *Code* se lit comme suit:

**16.** (1) Nul ne doit être déclaré coupable d'une infraction à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part alors qu'il était aliéné.

(2) For the purposes of this section a person is insane when he is in a state of natural imbecility or has disease of the mind to an extent that renders him incapable of appreciating the nature and quality of an act or omission or of knowing that an act or omission is wrong.

(3) A person who has specific delusions, but is in other respects sane, shall not be acquitted on the ground of insanity unless the delusions caused him to believe in the existence of a state of things that, if it existed, would have justified or excused his act or omission.

(4) Every one shall, until the contrary is proved, be presumed to be and to have been sane.

As witnesses, the Crown called the customs inspectors and R.C.M.P. officers who searched and questioned Abbey at the airport. They said that Abbey appeared "normal" in their dealings with him. Abbey did not testify. The defence called only one witness, Dr. Vallance, a psychiatrist. In rebuttal the Crown called another psychiatrist, Dr. Eaves. No other witnesses gave testimony.

Dr. Vallance testified that he first saw Abbey approximately 10 weeks after the commission of the offence. Dr. Vallance's testimony was based on his interviews with Abbey, his interviews with Abbey's mother, his review of a medical report prepared by another psychiatrist, and his discussions with other doctors who were involved in treating Abbey. In particular, Dr. Vallance relied on Abbey's description of the events surrounding his trip to South America as indicative of his mental state at the material time. Dr. Vallance's opinion was that Abbey, at all material times, was suffering from a disease of the mind, a manic illness, known as hypomania. While Abbey appreciated that he was bringing cocaine into Canada and knew that what he was doing was wrong, he believed that, if caught, he would not be punished. Dr. Vallance said:

He had a considerable disturbance of mood. He had delusional ideas. He had hallucinatory experiences. It's difficult under circumstances like that to fully appreciate what you are doing, particularly when the feelings and delusional ideas are tangled up with what you are doing. If you feel that you are for some delusional idea inordinately powerful or safe then that impairs good

(2) Aux fins du présent article, une personne est aliénée lorsqu'elle est dans un état d'imbécillité naturelle ou atteinte de maladie mentale à un point qui la rend incapable de juger la nature et la qualité d'un acte ou d'une omission, ou de savoir qu'un acte ou une omission est mauvais.

(3) Une personne qui a des hallucinations sur un point particulier, mais qui est saine d'esprit à d'autres égards, ne doit pas être acquittée pour le motif d'aliénation mentale, à moins que les hallucinations ne lui aient fait croire à l'existence d'un état de choses qui, s'il eût existé, aurait justifié ou excusé son acte ou omission.

(4) Jusqu'à preuve du contraire, chacun est présumé être et avoir été sain d'esprit.

Le ministère public a cité comme témoins les douaniers et les agents de la G.R.C. qui avaient fouillé et interrogé Abbey à l'aéroport. Ils ont affirmé que Abbey semblait «normal» lorsqu'ils avaient eu affaire à lui. Abbey n'a pas témoigné. La défense n'a cité qu'un seul témoin, le Dr Vallance, un psychiatre. Le ministère public a répliqué en faisant témoigner un autre psychiatre, le Dr Eaves. Il s'agit là des seuls témoignages rendus.

Le Dr Vallance a témoigné avoir vu Abbey pour la première fois environ 10 semaines après la perpétration de l'infraction. Son témoignage se fondait sur ses entrevues avec Abbey et avec la mère de ce dernier, sur son examen d'un rapport médical rédigé par un autre psychiatre et sur ses entretiens avec d'autres médecins qui soignaient Abbey. Le Dr Vallance a notamment jugé que la description qu'a donnée Abbey des événements entourant son voyage en Amérique du Sud donnait une idée de son état mental à l'époque pertinente. Selon le Dr Vallance, Abbey souffrait en tout temps pertinent d'une maladie mentale, d'une manie connue sous le nom d'hypomanie. Abbey se rendait compte qu'il importait de la cocaïne au Canada et il savait que cela était mauvais, mais il croyait que, si on l'y prenait, il resterait impuni. Le Dr Vallance a dit:

[TRADUCTION] Il était d'humeur très instable. Il avait des illusions. Il avait des hallucinations. Il est difficile dans des circonstances pareilles de bien se rendre compte de ce qu'on fait, surtout lorsque les sentiments et les illusions viennent se mêler à ses actes. Si, en raison d'une illusion quelconque, on croit jouir d'une puissance ou d'une sécurité illimitées, cela nuit au jugement. Je

judgment. I am sure he had some appreciation of what he was doing.

Dr Vallance further testified that, while Abbey was not rendered totally incapable of appreciating the nature and quality of his acts by reason of the disease of mind from which he suffered, there was a degree of impairment of judgment. He had the feeling that he was being looked after by some outside force that was feeding him strength and that no harm would come to him and even if he did get caught it did not matter because somehow he would be looked after. Dr. Vallance made reference to Abbey's delusional belief that he was committed to a particular path of action which he could not change and his further delusional idea, while in Lima, Peru, that he had "astro-travelled" back to Vancouver already and that in getting on the plane in Lima to fly home he was simply having the body follow where the "rest" had already gone.

Dr. Eaves, in rebuttal, was of the opinion that the disease of the mind experienced by Abbey, hypomania, would "not be substantially enough to render him incapable of appreciating the nature and quality of his actions . . . not to know that his actions were wrong".

The trial judge found that Abbey suffered from a disease of the mind. This was common ground. Both doctors agreed, however, that Abbey knew what he was doing and he knew that it was wrong. They disagreed on their assessment of the degree of Abbey's capability as of May 13, 1979. The judge found that disease of the mind incapacitated his ability to appreciate the nature and quality of his acts to the degree required to meet the test of s. 16(2). More particularly, Abbey did not "appreciate" the consequences of punishment associated with the commission of the offence. After referring to the decision of this Court in *Cooper v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1149, the trial judge did find that Abbey "had the capacity to appreciate the nature of the act of importing and of possessing the Cocaine". He continued:

As I understand the evidence and the submissions of counsel, the Accused had the capacity to appreciate the nature of the act of importing and of possessing the

suis certain qu'il se rendait compte jusqu'à un certain point de ce qu'il faisait.

Le Dr Vallance a en outre témoigné que, si la maladie mentale d'Abbey ne le rendait pas tout à fait incapable de juger la nature et la qualité de ses actes, il n'en demeurait pas moins que son jugement en souffrait jusqu'à un certain point. Il avait l'impression qu'une puissance extérieure quelconque prenait soin de lui et lui donnait de la force, qu'aucun mal ne lui arriverait et que, même s'il se faisait attraper, c'était sans importance parce que d'une manière ou d'une autre il serait protégé. Le Dr Vallance a fait mention de l'illusion d'Abbey selon laquelle il était irrévocablement engagé dans une voie particulière et d'une autre illusion qu'il avait, savoir que, lorsqu'il était à Lima au Pérou, son esprit s'était déjà transporté à Vancouver et qu'en montant à bord de l'avion à Lima pour retourner chez lui, il faisait simplement faire au corps le voyage que le «reste» avait déjà fait.

Le Dr Eaves, en guise de réfutation, a exprimé l'avis que la maladie mentale dont souffrait Abbey, savoir l'hypomanie, [TRADUCTION] «ne suffisait pas au fond pour le rendre incapable de juger la nature et la qualité de ses actes . . . de savoir que ceux-ci étaient mauvais».

Le juge du procès a conclu qu'Abbey souffrait d'une maladie mentale. On reconnaît cela de part et d'autre. Les deux médecins étaient cependant d'accord pour dire qu'Abbey savait ce qu'il faisait et qu'il savait que c'était mauvais. C'est sur le degré de la capacité d'Abbey au 13 mai 1979 que leurs évaluations ne concordent pas. Le juge a conclu qu'une maladie mentale le rendait à ce point incapable de juger la nature et la qualité de ses actes qu'il satisfaisait au critère énoncé au par. 16(2). Plus particulièrement, Abbey «ne se rendait pas compte» des conséquences pénales liées à la perpétration de l'infraction. Après s'être référé à l'arrêt de cette Cour, *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149, le juge du procès a conclu qu'Abbey [TRADUCTION] «avait la capacité de juger la nature des actes qui consistent à importer et à avoir en sa possession de la cocaïne». Il a ajouté:

[TRADUCTION] Si je comprends bien la preuve et les arguments de l'avocat, l'accusé avait la capacité de juger la nature des actes qui consistent à importer et à avoir

Cocaine. He also had the capacity to appreciate the immediate consequences of those acts. That is to say that they were illegal; that he should not commit them overtly; that if he succeeded he must then deliver some of the Cocaine to his friends who gave him the money for it, and find someone through another friend who would buy the rest at a large profit to himself. He had the capability, in that sense, of analysing the knowledge of what he was about, and he—in using the word "analysing" I adopt the definition given by Mr. Justice Estey in the Supreme Court of Canada decision, *Regina v. Barnier* (1980) 2 W.W.R. 659.

en sa possession de la cocaïne. Il avait également la capacité de juger les conséquences immédiates de ces actes. C'est-à-dire qu'il s'agissait d'actes illégaux, qu'il ne devrait pas les commettre ouvertement, que s'il réussissait il devrait alors livrer une partie de la cocaïne à ses amis qui lui avaient donné l'argent pour l'acheter, et, par l'intermédiaire d'un autre ami, trouver quelqu'un qui lui achèterait le reste, ce qui lui permettrait de réaliser un profit considérable. Il avait la capacité, en ce sens qu'il était capable d'analyser la connaissance de ce qu'il allait faire, et il — lorsque j'emploie le mot «analyser», je fais mienne la définition que donne le juge Estey de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Barnier*, (1980), 2 W.W.R. 659.

The trial judge, however, did not stop there. He went on to consider "whether the law requires that an accused also be able to appreciate, in the sense of which I have read from Mr. Justice Estey's decision, the consequences that may be personal to him. That is to say, the consequence of punishment."

Le juge du procès ne s'est toutefois pas arrêté là. Il a poursuivi en examinant la question [TRADUCTION] «de savoir si la loi exige qu'un accusé soit également capable de juger, au sens de l'extrait des motifs du juge Estey que j'ai lu, les conséquences qui peuvent le toucher personnellement, c'est-à-dire les conséquences pénales.»

In finding Abbey not guilty by reason of insanity the judge concluded that "one, who like Abbey suffers from the delusion that he is protected from punishment by some mysterious external force which comes to him, as described in the evidence of Dr. Vallance, has his ability to appreciate the nature and quality of his acts incapacitated to the degree required to meet the test of Section 16, Subsection 2. He is, by disease of the mind, deprived of the ability to assess an important consequence of his act. He is deprived of the effect of the penal sanctions . . . ."

En déclarant Abbey non coupable pour cause d'aliénation mentale, le juge a conclu que [TRADUCTION] «quelqu'un qui, comme Abbey, est en proie à l'illusion qu'il est protégé contre toute peine par quelque puissance extérieure mystérieuse qui se manifeste à lui, comme le décrit le témoignage du Dr Vallance, est à ce point incapable de juger la nature et la qualité de ses actes qu'il satisfait au critère énoncé au par. 16(2). Il est, en raison d'une maladie mentale, dépourvu de la capacité d'apprécier une conséquence importante de son acte. Les sanctions pénales n'ont aucun effet sur lui . . . »

The Crown appealed, contending that the trial judge had erred in law in directing himself to the law applicable to the defence of insanity. The appeal was dismissed.

Le ministère public a interjeté appel en faisant valoir que le juge du procès avait commis une erreur de droit en se référant au droit applicable à la défense d'aliénation mentale. L'appel a été rejeté.

The Crown has now appealed to this Court, on the grounds raised in the British Columbia Court of Appeal:

1) The trial judge erred in holding that a person who by reason of a disease of the mind does not "appreciate" the personal penal consequences of his actions is insane within the meaning of Section 16(2) of the *Criminal Code*.

Le ministère public se pourvoit maintenant devant cette Cour en invoquant les moyens soulevés en Cour d'appel de la Colombie-Britannique:

[TRADUCTION] 1) Le juge du procès a commis une erreur en statuant qu'une personne qui, en raison d'une maladie mentale, «ne se rend pas compte» des conséquences pénales personnelles de ses actes, est aliénée au sens du par. 16(2) du *Code criminel*.

2) The trial judge erred in giving effect to a defence of "irresistible impulse".

3) The trial judge misdirected himself with respect to the use which could be made of "hearsay" evidence introduced during the testimony of the psychiatrists who were called as witnesses.

II

Consequences

The First Arm of Section 16(2)

The question raised in the first ground of appeal is therefore whether "appreciation of the nature and quality of an act" is limited to appreciation of the physical consequences of the act or also includes appreciation of the penal consequences to the accused. Taggart J.A., speaking for the Court of Appeal, said that *Cooper v. The Queen*, *supra*, and *R. v. Barnier*, [1980] 1 S.C.R. 1124 made it clear that there is a distinction between "know" and "appreciate" and that the words "appreciate the nature and quality of his acts" connote more than a mere knowledge of the physical nature of the acts being committed. With respect, I agree. The British Columbia Court failed, however, to deal with the question of what it is an accused must fail to "appreciate" before he can be found to be legally insane. The Court simply accepted the trial judge's conclusion that somebody who, because of a disease of the mind, has the delusion that he is protected from punishment by some mysterious external force, is incapacitated from appreciating the nature and quality of his acts.

The defence of insanity in s. 16(2) of the *Criminal Code* has received lengthy consideration by this Court in several recent judgments: *Cooper v. The Queen*, *supra*, *R. v. Barnier*, *supra*, and, most recently, *Kjeldsen v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 617. As stated in *Cooper v. The Queen*, at p. 1152, s. 16(2) of the *Criminal Code* "does not set out a test of insanity but, rather the criteria to be taken into account in determining criminal responsibility." With some hesitation the trial judge came to the conclusion that:

2) Le juge du procès a commis une erreur en retenant une défense d'«impulsion irrésistible».

3) Le juge du procès a commis une erreur quant à l'utilisation qui pouvait être faite de la preuve par «ouï-dire» produite au cours des témoignages des psychiatres cités comme témoins.

II

Les conséquences

Le premier volet du par. 16(2)

La question que pose le premier moyen d'appel est donc de savoir si «l'appréciation de la nature et de la qualité d'un acte» se limite aux conséquences matérielles de l'acte ou s'il porte également sur ses conséquences pénales pour l'accusé. Le juge Taggart, parlant au nom de la Cour d'appel, a affirmé qu'il se dégage nettement des arrêts *Cooper c. La Reine*, précité, et *R. c. Barnier*, [1980] 1 R.C.S. 1124, qu'il y a une différence entre le mot «savoir» et le mot «juger» et que l'expression «juger la nature et la qualité de ses actes» connote plus qu'une simple connaissance de la nature matérielle des actes qu'on accomplit. Avec égards, je suis d'accord. Il y a cependant une question que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a omis d'examiner, savoir qu'est-ce qu'un accusé doit ne pas «juger» pour que l'on puisse conclure qu'il est un aliéné au sens de la loi. La Cour s'est contentée de faire sienne la conclusion du juge du procès voulant que quelqu'un qui, en raison d'une maladie mentale, a l'illusion que quelque puissance extérieure mystérieuse le protège contre toute peine, est incapable de juger la nature et la qualité de ses actes.

La défense d'aliénation mentale énoncée au par. 16(2) du *Code criminel* a fait l'objet d'une étude approfondie par cette Cour dans plusieurs arrêts récents: *Cooper c. La Reine*, précité; *R. c. Barnier*, précité, et le plus récent, *Kjeldsen c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 617. Comme on le dit dans l'arrêt *Cooper c. La Reine*, à la p. 1152, le par. 16(2) du *Code criminel* «n'énonce pas un critère d'aliénation mentale mais, plutôt, les critères dont il faut tenir compte pour déterminer la responsabilité criminelle.» Le juge du procès en est venu, non sans hésitation, à la conclusion que:

... one, who like Abbey suffers from the delusion that he is protected from punishment by some mysterious external force which comes to him, as described in the evidence of Dr. Vallance, has his ability to appreciate the nature and quality of his acts incapacitated to the degree required to meet the test of Section 16, Subsection 2. He is, by disease of the mind, deprived of the ability to assess an important consequence of his act. He is deprived of the effect of the penal sanctions in restraining him from the commission of a crime as it should restrain us all.

With respect, the trial judge has confused the "ability to perceive the consequences, impact and results of a physical act" (*Cooper v. The Queen*, at p. 1162) with a belief, however unjustified, that the legal sanction imposed for the commission of the prohibited act, the "legal consequences", was somehow inapplicable to him. The delusion under which Abbey was supposedly labouring was that he would not get caught, or, if caught, would benefit from some undefined immunity to prosecution. Such a delusion by no means brings him under the first arm of the insanity test in s. 16(2) of the *Criminal Code* as developed in the recent cases.

According to s. 16(2) a person is insane when he has a disease of the mind to an extent that renders him incapable of

(i) appreciating the nature and quality of an act,

or

(ii) knowing that an act is wrong.

As the recent decisions dealing with s. 16(2) have noted, the wording in the *Criminal Code* is slightly different than in the English *M'Naghten* rules which are the inspiration for the section. The concern of the recent cases has been to set the limits for the defence, limits which are broader than those in the *M'Naghten* rules. The *M'Naghten* rules, under what is termed the first arm of the test, require the accused to be incapable of knowing the nature and quality of his act. As has been pointed out by the commentators, a narrow literal interpretation of this test is such that "nobody is hardly ever really mad enough to be within it"

[TRADUCTION] ... quelqu'un qui, comme Abbey, est en proie à l'illusion qu'il est protégé contre toute peine par quelque puissance extérieure mystérieuse qui se manifeste à lui, comme le décrit le témoignage du Dr Vallance, est à ce point incapable de juger la nature et la qualité de ses actes qu'il satisfait au critère énoncé au par. 16(2). Il est, en raison d'une maladie mentale, dépourvu de la capacité d'apprécier une conséquence importante de son acte. Les sanctions pénales n'ont aucun effet sur lui et ne l'empêchent donc pas de commettre un crime, alors que ce doit être leur effet sur nous tous.

Avec égards, le juge du procès a confondu la «capacité de percevoir les conséquences, les répercussions et les résultats d'un acte matériel» (*Cooper c. La Reine*, à la p. 1162) avec la croyance, si injustifiée soit-elle, que pour une raison ou pour une autre la sanction qu'impose la loi pour la perpétration de l'acte interdit, c'est-à-dire les «conséquences légales», ne s'applique pas à lui. L'illusion dont Abbey aurait été victime était qu'il ne se ferait pas attraper ou que, s'il était attrapé, il bénéficierait de quelque vague immunité contre des poursuites. Pareille illusion ne fait nullement jouer en sa faveur le premier volet du critère de l'aliénation mentale qui figure au par. 16(2) du *Code criminel* et qui a été interprété dans les arrêts récents.

Aux termes du par. 16(2), une personne est aliénée lorsqu'elle est atteinte de maladie mentale à un point qui la rend incapable

(i) de juger la nature et la qualité d'un acte,

ou

(ii) de savoir qu'un acte est mauvais.

Comme il se dégage des arrêts récents portant sur le par. 16(2), la formulation qui se trouve dans le *Code criminel* diffère légèrement de celle des règles *M'Naghten* de l'Angleterre dont s'inspire ce paragraphe. Dans les arrêts récents, on s'est attaché à fixer des limites à ce moyen de défense et ces limites sont plus larges que celles établies par les règles *M'Naghten*. Les règles *M'Naghten*, aux termes de ce qu'on appelle le premier volet du critère, exigent que l'accusé soit incapable de savoir quelles sont la nature et la qualité de son acte. Comme l'ont fait remarquer les commentateurs, si on donne à ce critère une interprétation

(Baron Bramwell quoted by G.A. Martin in "Insanity as a Defence" (1966), 8 Crim. L.Q. 240, at p. 243).

As the Court said in *Cooper v. The Queen* at p. 1161:

To "know" the nature and quality of an act may mean merely to be aware of the physical act, while to "appreciate" may involve estimation and understanding of the consequences of that act. In the case of the appellant, as an example, in using his hands to choke the deceased, he may well have known the nature and quality of that physical act of choking. It is entirely different to suggest, however, that in performing the physical act of choking, he was able to appreciate its nature and quality in the sense of being aware that it could lead to or result in her death.

It is the use of the word "consequences" in this context which, unfortunately, led the trial judge astray. "Consequences" in *Cooper v. The Queen*, *R. v. Barnier* and *Kjeldsen v. The Queen* refer to the physical consequences of the act. All three cases were murder cases, violent crimes in which there was a victim who suffered the "consequences" of the accused's actions.

The requirement, unique to Canada, is that of perception, an ability to perceive the consequences, impact, and results of a physical act. An accused may be aware of the physical character of his action (i.e., in choking) without necessarily having the capacity to appreciate that, in nature and quality, that act will result in the death of a human being. This is simply a restatement, specific to the defence of insanity, of the principle that *mens rea*, or intention as to the consequences of an act, is a requisite element in the commission of a crime [*Cooper v. The Queen*, at pp. 1162-63].

In *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673, Mr. Justice Martland said at p. 700:

The *Codere* case, in my opinion correctly, decided that "nature and quality" dealt with the physical character of the act. If, therefore, a person who has committed a crime did not, by reason of disease of the mind, know what he was doing, he is not to be convicted, because it really was not his act.

littérale stricte, [TRADUCTION] «personne ne sera jamais vraiment assez aliéné pour y satisfaire» (Baron Bramwell, cité par G.A. Martin dans «Insanity as a Defence» (1966), 8 Crim. L.Q. 240, à la p. 243).

Comme l'a dit la Cour dans l'arrêt *Cooper c. La Reine*, à la p. 1161:

«Connaître» la nature et la qualité d'un acte peut signifier simplement être conscient de l'acte matériel, alors que «juger» peut comprendre l'appréciation et la compréhension des conséquences de cet acte. Dans le cas de l'appelant, par exemple, en se servant de ses mains pour étrangler la victime, il peut bien avoir connu la qualité et la nature de cet acte matériel qu'est la strangulation. Il est tout à fait différent, cependant, de prétendre qu'en accomplissant l'acte de strangulation, il était capable d'en juger la nature et la qualité au sens d'être conscient que cela pouvait entraîner ou causer la mort.

C'est l'emploi du mot «conséquences» dans ce contexte qui, malheureusement, a induit en erreur le juge du procès. Le mot «conséquences» dans les arrêts *Cooper c. La Reine*, *R. c. Barnier* et *Kjeldsen c. La Reine* renvoie aux conséquences matérielles de l'acte. Dans chacune de ces affaires il y avait un meurtre, un crime violent dont la victime avait subi les «conséquences» des actes de l'accusé.

L'exigence, propre au Canada, est celle de la perception, une capacité de percevoir les conséquences, les répercussions et les résultats d'un acte matériel. Un accusé peut être conscient de l'aspect matériel de son acte (c.-à-d., la strangulation) sans nécessairement pouvoir juger que, par sa nature et sa qualité, cet acte entraînera la mort d'un être humain. Il s'agit simplement d'une réitération, propre à la défense d'aliénation mentale, du principe que la mens rea, ou l'intention relativement aux conséquences d'un acte, est un élément nécessaire dans la perpétration d'un crime [*Cooper c. La Reine*, aux pp. 1162 et 1163].

Dans l'arrêt *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673, le juge Martland affirme, à la p. 700:

Dans l'arrêt *Codere*, on a décidé, à juste titre à mon avis, que les mots «nature et qualité» visent l'aspect matériel de l'acte. Par conséquent, si une personne qui a commis un crime ne savait pas ce qu'elle faisait, en raison d'une maladie mentale, elle ne doit pas être déclarée coupable, parce que ce n'était pas vraiment son acte.

In *Codere* (1916), 12 Cr. App. R. 21 (C.C.A.), Reading L.C.J. considered the application of the *M'Naghten* rules at pp. 26-27 and in particular the expression "nature and quality of the act":

> It is said that "quality" is to be regarded as characterising the moral, as contrasted with the physical, aspect of the deed. The Court cannot agree with that view of the meaning of the words "nature and quality." The Court is of opinion that in using the language "nature and quality" the judges were only dealing with the physical character of the act, and were not intending to distinguish between the physical and moral aspects of the act. That is the law as it has been laid down by judges in many directions to juries, and as the Court understands it to be at the present time.

See also *R. v. Harrop* (1940), 74 C.C.C. 228 (Man. C.A.), at p. 230; *R. v. Crook* (1979), 1 Sask. R. 273 (Sask. C.A.), at p. 303.

Although there is some controversy in academic circles, I adopt the more traditional view espoused by Glanville Williams (*Criminal Law, The General Part*, 2nd ed. (1961), para. 166, at p. 525) that a delusion falling under the "first arm" of the insanity defence negatives an element of the crime, the *mens rea*. It may also, as Martin J.A. pointed out in *R. v. Rabey* (1977), 37 C.C.C. (2d) 461, notwithstanding the existence of *mens rea* in the formal sense of intention, foresight, or knowledge with respect to the *actus reus*, exempt from liability if the criteria of insanity are met. As the Court observed in *Cooper* the requirement that the accused be able to perceive the consequences of a physical act is a restatement, specific to the defence of insanity, of the principle of *mens rea*, or intention as to the consequences of an act, as a requisite element in the commission of a crime. The mental element must be proved with respect to all circumstances, and consequences, that form part of the *actus reus*. As the Crown in this case correctly points out, "While punishment may be a result of the commission of a criminal act it is not an element of the crime itself". A delusion which renders an accused "incapable of appreciating the nature and quality of his act" goes to the *mens rea* of the offence and brings into operation the "first arm" of s. 16(2): he is not guilty by reason of insanity. A delusion which renders an accused

Dans l'arrêt *Codere* (1916), 12 Cr. App. R. 21 (C.C.A.), le lord juge en chef Reading a étudié l'application des règles *M'Naghten*, aux pp. 26 et 27, en portant une attention particulière à l'expression «nature et qualité de l'acte»:

> [TRADUCTION] On dit qu'il faut interpréter le mot «qualité» comme marquant l'aspect moral, par opposition à matériel, de l'acte. La Cour ne peut partager cet avis quant au sens des mots «nature et qualité». La Cour estime qu'en employant les termes «nature et qualité», les juges ne visaient que l'aspect matériel de l'acte et qu'ils n'avaient pas l'intention de faire une distinction entre ses aspects matériel et moral. Voilà le principe de droit que les juges ont établi dans de nombreux exposés au jury, et si la Cour comprend bien, c'est encore ce principe qui s'applique aujourd'hui.

Voir aussi les arrêts *R. v. Harrop* (1940), 74 C.C.C. 228 (C.A. Man.), à la p. 230; *R. v. Crook* (1979), 1 Sask. R. 273 (C.A. Sask.), à la p. 303.

Bien que la question fasse l'objet d'une certaine controverse dans les milieux universitaires, j'adopte le point de vue plus traditionnel adopté par Glanville Williams (*Criminal Law, The General Part*, 2e éd. (1961), par. 166, à la p. 525), selon lequel une hallucination qui relève du «premier volet» de la défense d'aliénation mentale neutralise un élément du crime, savoir la *mens rea*. Comme l'a fait remarquer le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Rabey* (1977), 37 C.C.C. (2d) 461, nonobstant l'existence de la *mens rea* au sens formel d'intention, de prévision ou de connaissance relativement à l'*actus reus*, pareille hallucination peut également dégager de toute responsabilité si elle satisfait aux critères de l'aliénation mentale. Comme cette Cour l'a souligné dans l'arrêt *Cooper*, l'exigence que l'accusé soit capable de percevoir les conséquences d'un acte matériel constitue une réitération, propre à la défense d'aliénation mentale, du principe de la *mens rea*, ou de l'intention relativement aux conséquences d'un acte, en tant qu'élément nécessaire de la perpétration d'un crime. Il faut prouver l'existence de l'élément mental relativement à toutes les circonstances et à toutes les conséquences qui font partie de l'*actus reus*. Comme le ministère public le fait remarquer avec raison en l'espèce, [TRADUCTION] «Si la peine peut être un résultat de la perpétration d'un acte criminel, elle ne constitue pas pour autant un

incapable of appreciating that the penal sanctions attaching to the commission of the crime are applicable to him does not go to the *mens rea* of the offence, does not render him incapable of appreciating the nature and quality of the act, and does not bring into operation the "first arm" of the insanity defence.

Abbey was charged with importing and trafficking in cocaine. There is no dispute as to the fact that he carried cocaine into the country. In his statement to police, it was his admitted intention to import cocaine for the purposes of trafficking. In other words, Abbey appreciated that the *actus reus* of each of the offences charged was being committed. Both the psychiatrist called for the defence, and the psychiatrist who testified on behalf of the Crown, stated that Abbey appreciated the nature and quality of his act. The judge erred, in my view, in going on to say that a failure to appreciate the penal sanctions ("consequence of punishment") brought the accused within the ambit of the "first arm" of the insanity defence of s. 16(2).

The Second Arm of Section 16(2)

Should the question of "personal penal consequences" be relevant at all, it is more appropriately discussed within the context of the second arm of s. 16(2) *i.e.* "knowing that an act . . . is wrong". Glanville Williams in his *Criminal Law, The General Part, supra*, at p. 478 says:

> It has been determined that this phrase [nature and quality] refers to the physical character of the act, not its legal quality; legal right and wrong are cared for by the second question . . . [citing *Codere, supra*, at p. 27].

This Court having decided in *Schwartz v. The Queen, supra*, that "wrong" means wrong according to law, and it being established that Abbey

élément du crime lui-même». Une hallucination qui rend un accusé «incapable de juger la nature et la qualité» de son acte relève de la *mens rea* relative à l'infraction et entraîne l'application du «premier volet» du par. 16(2): il est non coupable pour cause d'aliénation mentale. Une hallucination qui rend un accusé incapable de se rendre compte que les sanctions pénales qui se rattachent à la perpétration du crime s'appliquent à lui, par contre, ne relève pas de la *mens rea* relative à l'infraction, ne le rend pas incapable de juger la nature et la qualité de l'acte et n'entraîne pas l'application du «premier volet» de la défense d'aliénation mentale.

Abbey a été accusé d'importation et de trafic de cocaïne. Le fait qu'il soit entré au pays avec de la cocaïne ne fait l'objet d'aucune contestation. Dans sa déclaration à la police, il a avoué avoir eu l'intention d'importer de la cocaïne pour en faire le trafic. En d'autres termes, Abbey s'était rendu compte qu'il commettait l'*actus reus* de chacune des infractions dont il était accusé. Le psychiatre cité pour la défense et celui qui a témoigné pour le compte du ministère public ont tous deux déclaré qu'Abbey se rendait compte de la nature et de la qualité de son acte. A mon avis, le juge a commis une erreur en ajoutant que, puisque l'accusé ne se rendait pas compte des sanctions pénales («les conséquences pénales»), il tombait dans le champ d'application du «premier volet» de la défense d'aliénation mentale énoncée au par. 16(2).

Le second volet du par. 16(2)

Dans la mesure où la question des «conséquences pénales personnelles» peut être pertinente, il convient davantage de l'examiner dans le contexte du second volet du par. 16(2), c.-à-d. «savoir qu'un acte . . . est mauvais». Glanville Williams dans son ouvrage *Criminal Law, The General Part*, précité, affirme à la p. 478:

> [TRADUCTION] On a décidé que cette expression [nature et qualité] vise l'aspect matériel de l'acte et non pas sa qualité juridique; c'est la seconde question qui porte sur le bien et le mal au point de vue juridique . . . [l'auteur cite l'arrêt *Codere*, précité, à la p. 27].

Vu que dans l'affaire *Schwartz c. La Reine*, précitée, cette Cour a décidé que le mot «mauvais» signifie mauvais selon la loi, et vu qu'il est établi

knew his act was "wrong", his inability to "appreciate" the penal consequences is really irrelevant to the question of legal insanity. There seems to be no doubt on the evidence, and on the judge's findings, that Abbey knew that he was doing an act forbidden by law.

With respect, the trial judge homogenized the first and second arms of s. 16(2), collapsing the one into the other in, for example, the following passage from his judgment:

> As I understood the evidence and the submission of counsel, the Accused had the capacity to appreciate the nature of the act of importing and of possessing the Cocaine. He also had the capacity to appreciate the immediate consequences of those acts. That is to say that they were illegal; that he should not commit them overtly. . . .

The second arm of s. 16(2) is concerned with cognitive capabilities, with knowledge, and not with appreciation of consequences. Section 16(2) speaks in terms of knowledge of wrongness, not appreciation of wrongness. One must, I think, draw a distinction between what might be termed "result" crimes and what might be termed "knowledge" crimes. In respect of the former it is correct to speak of appreciation of consequences. The capacity to appreciate the nature and quality of his act refers to the physical character of the act. It requires both an appreciation of the factors involved, and sufficient mental capacity to measure and foresee the consequences of the conduct.

With respect, however, to the second arm of s. 16(2), knowledge that it is wrong, Martland J. set out the test in the *Schwartz* case at p. 701:

> In brief, it is my opinion that the effect of s. 16(2) is to provide protection to a person suffering from disease of the mind who has committed a crime if, in committing the crime, he did not appreciate what he was doing, or, if he did have that appreciation, he did not know that he was committing a crime.

In a note on *Schwartz v. The Queen, supra*, entitled "Section 16 and 'Wrong' ", 18 Cr.L.Q. 413, Professor Mewett submits that the question that

qu'Abbey savait que son acte était «mauvais», son incapacité de «juger» les conséquences pénales est vraiment sans rapport avec la question de l'aliénation mentale au sens de la loi. D'après la preuve et les conclusions du juge, il paraît ne faire aucun doute qu'Abbey savait qu'il commettait un acte contraire à la loi.

Avec égards, le juge du procès a fusionné les deux volets du par. 16(2), mélangeant l'un à l'autre, comme il le fait par exemple dans le passage suivant tiré de son jugement:

> [TRADUCTION] Si je comprends bien la preuve et les arguments de l'avocat, l'accusé avait la capacité de juger la nature des actes qui consistent à importer et à avoir en sa possession de la cocaïne. Il avait également la capacité de juger les conséquences immédiates de ces actes. C'est-à-dire qu'il s'agissait d'actes illégaux, qu'il ne devrait pas les commettre ouvertement . . .

Le second volet du par. 16(2) vise la faculté cognitive, c'est-à-dire la connaissance et non pas l'appréciation des conséquences. Le paragraphe 16(2) porte sur la connaissance du caractère mauvais d'un acte et non sur l'appréciation de son caractère mauvais. Il faut, je crois, faire la distinction entre ce qu'on peut appeler les crimes de «résultat» et ce qu'on peut appeler les crimes de «connaissance». Pour ce qui est des premiers, on peut à bon droit parler de l'appréciation des conséquences. La capacité de juger la nature et la qualité d'un acte se rapporte à l'aspect matériel de cet acte. Cela exige à la fois qu'on se rende compte de ce que l'acte comporte et qu'on ait une capacité mentale suffisante pour pouvoir mesurer et prévoir les conséquences de la conduite adoptée.

Toutefois, quant au second volet du par. 16(2), c'est-à-dire la connaissance que l'acte est mauvais, le juge Martland a énoncé le critère applicable dans l'arrêt *Schwartz*, à la p. 701:

> En bref, je suis d'avis que l'effet du par. 16(2) est de protéger une personne souffrant d'aliénation mentale, qui a commis un crime, si, en commettant le crime, elle ne se rendait pas compte de ce qu'elle faisait ou, si, s'en rendant compte, elle ne savait pas qu'elle commettait un crime.

Dans une note sur l'arrêt *Schwartz c. La Reine*, précité, intitulée «Section 16 and «Wrong»», 18 Cr.L.Q. 413, le professeur Mewett soutient que la

ought to be asked is "whether the accused, because of a disease of the mind (first hurdle) was rendered incapable (second hurdle) of knowing that this act was something that he ought not to do (third hurdle)" (at p. 415). If he was capable of knowing that an act was contrary to law, and that he ought not to do an act contrary to law, then, in the opinion of Professor Mewett, the defence should not apply.

When one is considering the legal aspects of a crime such as the importation of a narcotic the principal inquiry should be directed not to appreciation of physical consequences but to knowledge of wrongness. The trial judge said, "This man knew it was a crime, knew there was penalty, but by delusion believed himself protected." Counsel for Abbey said in argument that he had to accept the fact that he could not bring Abbey's state of mind into the second half of s. 16(2). On these findings, in my opinion, the defence of insanity was not open to Abbey.

I agree with the submission of counsel for the Crown that s. 16(3) of the *Code* can be of no assistance to Abbey as his delusion could not in any way "justify" or "excuse" his actions. In any event, any defence which could be raised under subsection (3) could also be raised under subsection (2). See the *McRuer Report* [*Report of the Royal Commission on the Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases*, (1956)], p. 36.

I am of the view that the trial judge erred in law in holding that a person who by reason of disease of the mind does not "appreciate" the penal consequences of his actions is insane within the meaning of s. 16(2) of the *Criminal Code*.

III

Irresistible Impulse

The second ground of appeal is the submission that the trial judge erred in giving effect to a defence of "irresistible impulse". The submission rests upon the following passage from the judg-

question que l'on doit poser est de savoir [TRADUCTION] «si une maladie mentale (première étape) a rendu l'accusé incapable (deuxième étape) de savoir qu'il ne devait pas accomplir cet acte (troisième étape)» (à la p. 415). S'il était capable de savoir qu'un acte était contraire à la loi et qu'il ne devait pas accomplir un acte contraire à la loi, alors, de l'avis du professeur Mewett, ce moyen de défense ne peut être invoqué.

L'étude des aspects juridiques d'un crime comme l'importation d'un stupéfiant doit surtout porter sur la connaissance du caractère mauvais et non pas sur l'appréciation des conséquences matérielles. Le juge du procès a dit: [TRADUCTION] «Cet homme savait que c'était un crime et qu'il y avait une peine, mais, en raison d'une hallucination, il se croyait protégé». L'avocat d'Abbey a affirmé, au cours des plaidoiries, qu'il devait reconnaître que la seconde moitié du par. 16(2) ne pouvait pas s'appliquer à l'état d'esprit d'Abbey. Vu ces conclusions, j'estime qu'Abbey ne pouvait invoquer la défense d'aliénation mentale.

Je suis d'accord avec le substitut du procureur général qui a soutenu que le par. 16(3) du *Code* ne peut être d'aucun secours à Abbey, puisque son hallucination ne pouvait en aucune manière «justifier» ou «excuser» ses actes. Quoi qu'il en soit, tout moyen de défense qui peut être invoqué en vertu du par. (3), peut l'être également en vertu du par. (2). Voir le *Rapport McRuer* [*Rapport de la Commission royale chargée d'étudier la défense d'aliénation mentale en matière criminelle*, (1956)], à la p. 36.

Je suis d'avis que le juge du procès a commis une erreur de droit en statuant que celui qui, en raison d'une maladie mentale, «ne se rend pas compte» des conséquences pénales de ses actes, est un aliéné mental au sens du par. 16(2) du *Code criminel*.

III

L'impulsion irrésistible

Comme deuxième moyen d'appel, on fait valoir que le juge du procès a commis une erreur en retenant une défense d'«impulsion irrésistible». Cette prétention repose sur le passage suivant tiré

ment at trial, and in particular the words "he believed himself irrevocably committed":

I must also note a second question closely connected with the delusion I have already discussed. It involves the delusion which I find existed with Abbey and which also satisfies the test of Section 16, Subsection 2, that while he was in Peru he thought he should not go through with the importing and possession of Cocaine, but he believed himself irrevocably committed to it. That was not in the sense that having arranged with his friends he was bound to honour the arrangement, but in the sense that he was committed to a path of action which he was, by reason of a force acting upon him, powerless to change.

The Crown maintains that the trial judge found that this "second delusion" independently of any other delusions, rendered Abbey legally insane. Such a finding, the Crown contends, gives effect to a defence not recognized in Canadian law, that of irresistible impulse. What was said by Cartwright C.J. in *R. v. Borg*, [1969] S.C.R. 551, is cited in support of this proposition.

There is no issue here at all. Both the majority and minority opinions in *R. v. Borg* deny the existence of a defence, as such, of irresistible impulse. Both the majority and minority opinions in *Borg*, however, recognize that irresistible impulse may be a symptom or manifestation of a disease of the mind which may give rise to a defence of insanity.

When an accused pleads insanity there is a sense in which it is true to say that irresistible impulse of itself is not a defence. However, there are two senses in which it is not true to say that irresistible impulse of itself is not a defence.

There is no legal presumption of insanity merely from the existence of an irresistible impulse. If an accused presents no medical evidence of disease of the mind but merely pleads that he was acting under an irresistible impulse, a jury is not entitled to infer that the man was insane. In that sense irresistible impulse is not of itself a defence. However, if there is medical evidence of disease of the mind as there was here and yet the only symptoms of that disease of the mind are irresistible impulses, the

des motifs de jugement prononcés au procès, et particulièrement sur les mots [TRADUCTION] «il s'y croyait irrévocablement tenu»:

[TRADUCTION] Je dois également porter mon attention sur une seconde question étroitement liée à l'hallucination dont j'ai déjà parlé. Il s'agit de l'hallucination dont j'ai conclu qu'Abbey était victime et qui satisfait également au critère du par. 16(2), savoir qu'alors qu'il se trouvait au Pérou, l'idée lui est venue qu'il ne devrait pas se livrer aux actes qui consistent à importer et à avoir en sa possession de la cocaïne, mais il s'y croyait irrévocablement tenu, non pas en ce sens qu'ayant pris un engagement avec ses amis, il était obligé d'honorer cet engagement, mais en ce sens qu'il s'était engagé dans une voie qu'il était impuissant à quitter en raison d'une puissance qui s'exerçait sur lui.

Selon la prétention du ministère public, le juge du procès a conclu que cette «seconde hallucination», indépendamment de toute autre, faisait d'Abbey un aliéné mental au sens de la loi. Cette conclusion, prétend le ministère public, équivaut à retenir un moyen de défense que le droit canadien ne reconnaît pas, savoir l'impulsion irrésistible. On cite à l'appui de cet argument ce qu'a dit le juge en chef Cartwright dans l'arrêt *R. c. Borg*, [1969] R.C.S. 551.

Il s'agit là d'une question qui ne se pose pas en l'espèce. Les avis tant de la majorité que de la minorité dans l'arrêt *R. c. Borg*, tout en niant que l'impulsion irrésistible constitue en soi un moyen de défense, reconnaissent toutefois qu'elle peut être un symptôme ou une manifestation d'une maladie mentale pouvant donner lieu à une défense d'aliénation mentale.

[TRADUCTION] Quand un accusé plaide l'aliénation mentale, il est vrai dans un sens que l'impulsion irrésistible ne constitue pas en soi une défense. Mais, dans deux autres sens, ce n'est pas vrai.

En droit, la simple existence d'une impulsion irrésistible ne crée pas une présomption d'aliénation mentale. Si un accusé ne présente aucune preuve médicale de maladie mentale, mais se contente de plaider qu'il agissait sous le coup d'une impulsion irrésistible, un jury ne peut à bon droit conclure qu'il était dans un état d'aliénation mentale. C'est en ce sens que l'impulsion irrésistible ne constitue pas en soi un moyen de défense. Si toutefois il y a une preuve médicale de l'existence

jury may conclude that the accused is insane [*per* Hall J., at p. 570].

There is no error in the trial judgment in this respect. The trial judge did not give effect to an independent defence of irresistible impulse. His comments with respect to the "second delusion" were made in the context of his consideration of the insanity defence. He specifically rejected the existence of a defence of diminished responsibility in Canada.

I agree with the British Columbia Court of Appeal that the reasons of the trial judge should be understood in the sense that Abbey suffered from a disease of the mind which resulted in two delusions; the first was that some mysterious external force would protect him from punishment; the second that he believed himself irrevocably committed to the course of action of importing cocaine; and that these delusions taken together rendered him incapable of appreciating the nature and quality of his acts. The trial judge did not equate the "delusion" with a defence of irresistible impulse and, that being the case, such authorities as *R. v. Borg, supra*, *R. v. Creighton* (1908), 14 C.C.C. 349 and other authorities to a similar effect cited by Crown counsel have no application to the case at bar.

IV

Hearsay Evidence

As a third ground of appeal the Crown contends that the trial judge misdirected himself with respect to the use which could be made of hearsay evidence introduced during the testimony of the psychiatrists who were called as witnesses.

Dr. Vallance testified that during the course of his interviews Abbey told him of various delusions, visions, hallucinations and sensations which he had experienced in the six months preceding his arrest. Dr. Vallance also testified that Abbey had described certain symptoms of the disease to his mother several months prior to the commission of the offence. In his testimony, Dr. Vallance recounted several incidents of bizarre and unstable conduct by Abbey both before his departure for

d'une maladie mentale, comme c'est le cas en l'espèce, et que les seuls symptômes de cette maladie mentale sont des impulsions irrésistibles, le jury peut conclure à l'aliénation mentale de l'accusé [le juge Hall, à la p. 570].

A cet égard, le jugement rendu au procès ne contient aucune erreur. Le juge du procès n'a pas retenu l'impulsion irrésistible comme moyen de défense indépendant. Il a fait ses observations concernant la «seconde hallucination» dans le cadre de son étude de la défense d'aliénation mentale. Il a formellement rejeté l'existence d'une défense de responsabilité atténuée au Canada.

Je suis d'accord avec la Cour d'appel de la Colombie Britannique que l'interprétation à donner aux motifs du juge du procès est qu'Abbey souffrait d'une maladie mentale qui provoquait chez lui deux hallucinations; la première était que quelque puissance extérieure mystérieuse le protégerait contre toute peine; la seconde était qu'il se croyait irrévocablement engagé dans la voie de l'importation de cocaïne; et, prises ensemble, ces hallucinations le rendaient incapable de juger la nature et la qualité de ses actes. Le juge du procès n'a pas assimilé l'«hallucination» à une défense d'impulsion irrésistible et, tel étant le cas, des arrêts comme *R. c. Borg*, précité, *R. v. Creighton* (1908), 14 C.C.C. 349 et d'autres arrêts semblables cités par le substitut du procureur général ne s'appliquent pas en l'espèce.

IV

La preuve par ouï-dire

Comme troisième moyen d'appel, le ministère public prétend que le juge du procès a commis une erreur quant à l'usage qui pouvait être fait de la preuve par ouï-dire présentée au cours des témoignages des psychiatres.

Le Dr Vallance a témoigné qu'au cours de ses entrevues, Abbey lui avait parlé des différentes illusions, visions, hallucinations et sensations qu'il avait éprouvées au cours des six mois qui avaient précédé son arrestation. Le Dr Vallance a également témoigné qu'Abbey avait décrit certains symptômes de sa maladie à sa mère plusieurs mois avant la perpétration de l'infraction. Dans son témoignage, le Dr Vallance a relaté plusieurs incidents, survenus avant le départ d'Abbey pour le

Peru and during his stay. Abbey had told him, Dr. Vallance testified, that four days prior to his actual departure for Peru he had missed a flight and, in a rage, kicked in a window at Vancouver airport. Dr. Vallance was also told by Abbey of certain experiences in Peru: "he could see lights and follow the lights and would interpret those phenomenon with ideas that there was some power outside of him that was communicating with him. He would do strange things, like run out into the fields. He was licking the wetness from trees". The Crown submits that the trial judge accepted and treated as factual much of this hearsay evidence related by Dr. Vallance in the course of giving his opinion. The point is well taken.

Pérou et pendant son séjour là-bas, qui dénotent un comportement bizarre et instable chez celui-ci. Abbey lui avait dit, a témoigné le Dr Vallance, que quatre jours avant son départ pour le Pérou il avait raté un vol et que, dans un accès de colère, il avait donné un coup de pied dans une fenêtre à l'aéroport de Vancouver. Abbey a également parlé au Dr Vallance de certaines expériences qu'il avait vécues au Pérou: [TRADUCTION] «il pouvait voir des lumières et les suivre et il donnait à ces phénomènes l'interprétation qu'il existait une puissance extérieure quelconque qui communiquait avec lui. Il faisait des choses étranges comme courir dans les champs. Il léchait la rosée sur les arbres». Le ministère public prétend que le juge du procès a accepté et traité comme des faits une bonne partie de ces éléments de preuve par ouï-dire relatés par le Dr Vallance au cours de son témoignage. Cette prétention est bien fondée.

A general principle of evidence is that all relevant evidence is admissible. The law of evidence, however, reposes on a few general principles riddled by innumerable exceptions. Two major exceptions to this general principle are hearsay evidence and opinion evidence. There are also exceptions to the exceptions. "Expert witnesses may testify to their opinion on matters involving their expertise" (*Cross on Evidence*, 5th ed. (1979), at p. 20) and may also, incidentally, base their opinions upon hearsay.

Il y a en matière de preuve un principe général selon lequel toute preuve pertinente est recevable. Le droit de la preuve repose toutefois sur quelques principes généraux auxquels se greffent d'innombrables exceptions. Ce principe général souffre deux exceptions importantes, savoir la preuve par ouï-dire et le témoignage d'opinion. Les exceptions connaissent également des exceptions. [TRADUCTION] «Les témoins experts peuvent donner leur opinion sur des questions qui relèvent de leur domaine de compétence» (*Cross on Evidence*, 5e éd. (1979), à la p. 20), et ils peuvent également, soit dit en passant, fonder leurs opinions sur une preuve par ouï-dire.

A major difficulty encountered by counsel and the courts alike has been identifying hearsay. There exists a "superstitious awe . . . about having any truck with evidence which involves A's telling the court what B said to him" (Cross, "What should be done about the Rule Against Hearsay", [1965] Crim. L.R. 68, at p. 82). Phipson suggests three reasons for this:

(1) Failure to appreciate that the hallmark of a hearsay statement is not only the nature and the source of the statement but also the purpose for which it is tendered.

La détermination de ce qui constitue une preuve par ouï-dire pose une grande difficulté sur laquelle butent aussi bien les avocats que les cours. Il existe une [TRADUCTION] «crainte superstitieuse ... d'avoir affaire à un témoignage dans lequel A dit à la cour ce que B lui a dit» (Cross, «What should be done about the Rule Against Hearsay», [1965] Crim. L.R. 68, à la p. 82). D'après Phipson, il y a trois raisons à cela:

[TRADUCTION] 1) Le défaut de se rendre compte qu'une déclaration qui constitue une preuve par ouï-dire se distingue non seulement par sa nature et par sa source mais aussi par son objet.

(2) The absence of any comprehensive judicial formulation of the rule—no doubt because "it is difficult to make any general statement about the law of hearsay which is entirely accurate."

(3) The multiplicity of formulations found in textbooks upon the subject. [*Phipson on Evidence* 12th ed. (1976), Supplemented to 1980, para. 625 at pp. 263-64.]

The main concern of the hearsay rule is the veracity of the statements made. The principal justification for the exclusion of hearsay evidence is the abhorrence of the common law to proof which is unsworn and has not been subjected to the trial by fire of cross-examination. Testimony under oath, and cross-examination, have been considered to be the best assurances of the truth of the statements of facts presented. Not all statements by a witness of that which he heard someone else say are, however, necessarily hearsay. A felicitous formulation of the distinction between hearsay and non-hearsay evidence is found in the Privy Council decision in *Subramaniam v. Public Prosecutor*, [1956] 1 W.L.R. 965 at p. 970:

Evidence of a statement made to a witness by a person who is not himself called as a witness may or may not be hearsay. It is hearsay and inadmissible when the object of the evidence is to establish the truth of what is contained in the statement. It is not hearsay and is admissible when it is proposed to establish by the evidence, not the truth of the statement, but the fact that it was made.

What is sometimes loosely and erroneously referred to as hearsay evidence may in fact be "original evidence" as Cross terms it:

When a witness is asked to narrate another's statement for some purpose *other than that of inducing the court to accept it as true*, his evidence is said to be "original". Original evidence may therefore be defined as evidence of the fact that a statement was made, tendered without reference to the truth of anything alleged in the statement [*Cross on Evidence*, 5th ed. (1979), at p. 8, emphasis added].

2) L'absence d'une formulation judiciaire complète de la règle — sans doute parce qu'«il est difficile de faire une déclaration générale sur le droit de la preuve par ouï-dire qui soit entièrement exacte.»

3) La multiplicité de formulations qu'on trouve dans les ouvrages qui traitent de ce sujet [*Phipson on Evidence* 12e éd. (1976), avec suppléments jusqu'en 1980, par. 625, aux pp. 263 et 264.]

La règle de l'irrecevabilité du ouï-dire vise surtout à assurer la véracité des déclarations. L'exclusion de la preuve par ouï-dire se justifie principalement par le fait que la *common law* a en horreur toute preuve qui n'a pas été présentée sous serment et qui n'a pas été soumise à l'épreuve du contre-interrogatoire. On estime que le témoignage rendu sous serment et le contre-interrogatoire constituent les meilleures garanties de la véracité des déclarations de faits présentées. Toutefois, les déclarations que fait un témoin concernant ce qu'il a entendu dire par quelqu'un d'autre ne constituent pas toutes nécessairement une preuve par ouï-dire. Une formulation appropriée de la distinction entre la preuve par ouï-dire et la preuve qui ne tombe pas dans cette catégorie se trouve dans l'arrêt du Conseil privé *Subramaniam v. Public Prosecutor*, [1956] 1 W.L.R. 965, à la p. 970:

[TRADUCTION] La preuve d'une déclaration faite par une personne qui elle-même ne témoignera pas, peut être ou ne pas être une preuve par ouï-dire, selon les circonstances. C'est une preuve par ouï-dire, donc irrecevable, lorsqu'elle vise à établir la véracité du contenu de la déclaration. Ce n'est pas une preuve par ouï-dire et elle est recevable lorsqu'elle vise à établir non pas que la déclaration est exacte mais qu'elle a été faite.

Ce qu'on appelle parfois, de façon imprécise et erronée, preuve par ouï-dire, peut être en réalité ce que Cross qualifie de «preuve originale»:

[TRADUCTION] Lorsqu'on demande à un témoin de rapporter la déclaration d'une autre personne à une fin *autre que celle d'inciter la cour à la tenir pour vraie*, on dit que son témoignage constitue une preuve «originale». La preuve originale peut donc se définir comme la preuve qui établit qu'une déclaration a été faite, sans établir pour autant la véracité de ce qui est allégué dans la déclaration [*Cross on Evidence*, 5e éd. (1979), à la p. 8; les italiques sont de moi].

Opinion Evidence

Witnesses testify as to facts. The judge or jury draws inferences from the facts. "In the law of evidence 'opinion' means any inference from observed fact, and the law on the subject derives from the general rule that witnesses must speak only to that which was directly observed by them" (*Cross on Evidence*, *supra*, at p. 442). Where it is possible to separate fact from inference the witness may only testify as to fact. It is not always possible, however, to do so and the "law makes allowances for these borderline cases by permitting witnesses to state their opinion with regard to matters not calling for special knowledge whenever it would be virtually impossible for them to separate their inferences from the facts on which those inferences are based" (*ibid.*)

With respect to matters calling for special knowledge, an expert in the field may draw inferences and state his opinion. An expert's function is precisely this: to provide the judge and jury with a ready-made inference which the judge and jury, due to the technical nature of the facts, are unable to formulate. "An expert's opinion is admissible to furnish the Court with scientific information which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury. If on the proven facts a judge or jury can form their own conclusions without help, then the opinion of the expert is unnecessary" (*Turner* (1974), 60 Crim. App. R. 80, at p. 83, *per* Lawton L.J.)

An expert witness, like any other witness, may testify as to the veracity of facts of which he has first-hand experience, but this is not the main purpose of his or her testimony. An expert is there to give an opinion. And the opinion more often than not will be based on second-hand evidence. This is especially true of the opinions of psychiatrists.

As stated by Fauteux J. in *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14 at p. 21:

Le témoignage d'opinion

Les témoins déposent quant aux faits. Le juge ou le jury tire des conclusions à partir des faits. [TRADUCTION] «Dans le droit de la preuve, «opinion» s'entend de toute conclusion qu'on tire d'un fait observé, et le droit dans ce domaine dérive de la règle générale selon laquelle les témoins doivent uniquement parler de ce qu'ils ont observé directement» (*Cross on Evidence*, précité, à la p. 442). Lorsqu'il est possible de séparer les faits des conclusions tirées de ces faits, le témoin ne peut témoigner que sur les faits. Toutefois, cela n'est pas toujours possible et [TRADUCTION] «le droit fait preuve de souplesse dans ces cas limites en permettant aux témoins d'exprimer leur opinion relativement à des questions qui n'exigent pas de connaissances particulières, chaque fois qu'il leur serait virtuellement impossible de séparer leurs conclusions des faits sur lesquels celles-ci se fondent» (*ibid.*).

Quant aux questions qui exigent des connaissances particulières, un expert dans le domaine peut tirer des conclusions et exprimer son avis. Le rôle d'un expert est précisément de fournir au juge et au jury une conclusion toute faite que ces derniers, en raison de la technicité des faits, sont incapables de formuler. [TRADUCTION] «L'opinion d'un expert est recevable pour donner à la cour des renseignements scientifiques qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury. Si, à partir des faits établis par la preuve, un juge ou un jury peut à lui seul tirer ses propres conclusions, alors l'opinion de l'expert n'est pas nécessaire» (*Turner* (1974), 60 Crim. App. R. 80, à la p. 83, le lord juge Lawton).

Un témoin expert, comme tout autre témoin, peut témoigner quant à l'exactitude des faits dont il a une expérience directe, mais ce n'est pas là l'objet principal de son témoignage. L'expert est là pour exprimer une opinion et cette opinion est le plus souvent fondée sur un ouï-dire. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les opinions de psychiatres.

Comme l'a dit le juge Fauteux dans l'arrêt *Wilband c. La Reine*, [1967] R.C.S. 14, à la p. 21:

The value of psychiatrist's opinion may be affected to the extent to which it may rest on second-hand source material; but that goes to the weight and not to the receivability in evidence of the opinion, which opinion is no evidence of the truth of the information but evidence of the opinion formed on the basis of that information.

[TRADUCTION] La valeur de l'opinion avancée par un psychiatre peut être amoindrie dans la mesure où elle est fondée sur le ouï-dire, mais cela touche sa valeur probante et non sa recevabilité en preuve; en effet, cette opinion n'est pas une preuve de la véracité des informations, mais une preuve de l'idée faite à partir de ces informations.

In the *Wilband* case counsel for Wilband had attempted to have declared inadmissible as hearsay opinion evidence because it was based in part on prison records, material not proved in open court. Fauteux J. found in fact the prison records were not relied upon to any significant extent by the psychiatrists in the formation of their opinion but the decision does stand for the proposition that the second-hand nature of the basis of the opinion does not "contaminate" the opinion. This is consistent with the acceptance of expert evidence based, as it often is, upon hypothetical questions. For the judge or jury the expert's opinion is a question of fact which may be accepted or rejected as seen fit. The opinion, even if uncontradicted, is not determinative of an issue.

Dans l'affaire *Wilband*, l'avocat de Wilband avait essayé d'obtenir qu'un témoignage d'opinion soit déclaré irrecevable pour le motif qu'il constituait une preuve par ouï-dire parce qu'il se fondait en partie sur des dossiers de la prison, lesquels n'avaient pas fait l'objet d'une preuve à l'audience. Le juge Fauteux a conclu qu'en réalité les psychiatres ne s'étaient pas fondés de façon importante sur les dossiers de la prison pour former leur opinion, mais l'arrêt établit qu'une opinion n'est pas «viciée» du simple fait qu'elle se fonde sur un ouï-dire. Cela est compatible avec la réception en preuve d'un témoignage d'expert fondé, comme c'est souvent le cas, sur des questions hypothétiques. En ce qui concerne le juge ou le jury, l'opinion de l'expert est une question de fait qu'ils sont libres d'accepter ou de rejeter. L'opinion, même si elle est incontestée, n'est pas déterminante.

Thus an expert opinion based on second-hand evidence is admissible, if relevant. The problem arose in *R. v. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49 (Ont. C.A.), as to second-hand evidence itself which formed the basis of the opinion. Gale C.J.O. reached the conclusion that "Put shortly, if an expert is permitted to give his opinion, he ought to be permitted to give the circumstances upon which that opinion is based" (at p. 65). Testimony as to circumstances upon which the opinion is based is not introduced, and cannot be introduced, in order to establish the veracity of the second-hand evidence. It is thus not hearsay evidence. Jessup J.A. correctly stated the law in *R. v. Rosik*, [1971] 2 O.R. 47:

Il s'ensuit que l'opinion d'un expert fondée sur un ouï-dire est recevable, à la condition d'être pertinente. Ce problème s'est présenté dans l'affaire *R. v. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49 (C.A. Ont.) relativement au ouï-dire même qui constituait le fondement de l'opinion. Le juge en chef Gale est arrivé à la conclusion suivante: [TRADUCTION] «En bref, si l'on permet à un expert de donner son opinion, on devrait lui permettre de divulguer les circonstances sur lesquelles celle-ci se fonde» (à la p. 65). Un témoignage quant aux circonstances sur lesquelles se fonde l'opinion n'a pas pour objet et ne peut avoir pour objet d'établir la véracité du ouï-dire. Il ne s'agit donc pas de preuve par ouï-dire. Dans l'arrêt *R. v. Rosik*, [1971] 2 O.R. 47, le juge Jessup a énoncé avec exactitude le principe de droit applicable:

1. In my view, a psychiatrist expressing an opinion as to a mental or emotional condition of an accused can relate in evidence, as Dr. Gray did, what he has been told by the accused when such information is a basis of his opinion .... The hearsay rule does not operate to exclude such evidence because it is not admitted to

[TRADUCTION] 1. A mon avis, un psychiatre qui exprime une opinion sur l'état mental ou émotionnel d'un accusé peut, comme l'a fait le Dr Gray, relater au cours de son témoignage ce que l'accusé lui a dit, lorsque ces renseignements constituent un fondement de son opinion ... La règle de l'irrecevabilité du ouï-dire

prove the fact of what the expert has been told: see *Wigmore on Evidence*, 3rd ed.; vol. VI, s. 1720, p. 70, approved by Gale C.J.O., in the *Dietrich* case. The trial Judge should have so instructed the jury and it would have been proper for him also to point out that there was no sworn evidence that the accused ingested drugs or consumed the quantity of alcohol integral to Dr. Gray's opinion . . . [at p. 84-85, emphasis added].

Jessup J.A.'s view was recently confirmed by this Court in *Phillion v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 18. After citing the excerpt from *Subramaniam v. Public Prosecutor* which is quoted above with respect to hearsay evidence, Ritchie J. went on to say, at p. 24:

Statements made to psychiatrists and psychologists are sometimes admitted in criminal cases and when this is so it is because they have qualified as experts in diagnosing the behavioural symptoms of individuals and have formed an opinion which the trial judge deems to be relevant to the case, but the statements on which such opinions are based are not admissible in proof of their truth but rather as indicating the basis upon which the medical opinion was formed in accordance with recognized professional procedures.

The danger, of course, in admitting such testimony is the ever present possibility, here exemplified, that the judge or jury, without more, will accept the evidence as going to the truth of the facts stated in it. The danger is real and lies at the heart of this case. Once such testimony is admitted, a careful charge to the jury by the judge or direction to himself is essential. The problem, however, as pointed out by Fauteux J. in *Wilband* resides not in the admissibility of the testimony but rather the weight to be accorded to the opinion. Although admissible in the context of his opinion, to the extent that it is second-hand his testimony is not proof of the facts stated. Lawton L.J. in *Turner, supra*, spoke of this "elementary principle"which is "frequently overlooked":

n'emporte pas l'exclusion d'une telle preuve parce qu'elle n'est pas reçue en vue d'établir ce qu'on a dit à l'expert: voir *Wigmore on Evidence*, 3e éd., vol. VI, par. 1720, à la p. 70, approuvé par le juge en chef Gale dans l'arrêt *Dietrich*. Le juge du procès aurait dû donner des directives en ce sens au jury et souligner l'absence de témoignage sous serment démontrant que l'accusé avait ingéré de la drogue ou consommé la quantité d'alcool sur laquelle se fondait l'opinion du Dr Gray . . . (aux pp. 84 et 85; c'est moi qui souligne).

Le point de vue du juge Jessup a été confirmé récemment par cette Cour dans l'arrêt *Phillion c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 18. Après avoir cité l'extrait de l'arrêt *Subramaniam* v. *Public Prosecutor*, cité plus haut relativement à la preuve par ouï-dire, le juge Ritchie ajoute, à la p. 24:

Les déclarations faites à des psychiatres et à des psychologues sont parfois jugées recevables dans les affaires criminelles et, dans ce cas, c'est parce que ces experts dans le diagnostic du comportement humain se sont fondés sur elles pour émettre une opinion tenue pour pertinente par le juge de première instance; toutefois, les déclarations sur lesquelles ces opinions se fondent sont irrecevables comme preuves de leur propre véracité et constituent seulement le fondement de l'opinion médicale formée suivant les règles professionnelles reconnues.

Certes, le danger que présente l'acceptation en preuve d'un tel témoignage est la possibilité, toujours présente, comme on le voit en l'espèce, que le juge ou le jury conclue sans plus que ce témoignage établit l'exactitude des faits qu'il contient. Il s'agit là d'un danger réel qui touche au coeur de la présente espèce. Dès qu'un témoignage de ce genre est reçu en preuve, il est indispensable que le juge se montre prudent dans son exposé au jury ou dans sa propre appréciation de la preuve. Cependant, comme le souligne le juge Fauteux dans l'arrêt *Wilband*, le problème ne se pose pas au niveau de la recevabilité du témoignage, mais plutôt au niveau de la valeur probante à accorder à l'opinion qu'il contient. Bien que recevable dans le cadre d'une opinion, dans la mesure où il constitue un ouï-dire, ce témoignage ne prouve pas les faits énoncés. Le lord juge Lawton, dans l'arrêt *Turner*, précité, a parlé de ce [TRADUCTION] «principe fondamental» qu'on [TRADUCTION] «néglige souvent»:

Thereupon the judge commented that the report contained "hearsay character evidence" which was inadmissible. He could have said that all the facts upon which the psychiatrist based his opinion were hearsay save for those which he observed for himself during his examination of the appellant such as his appearance of depression and his becoming emotional when discussing the deceased girl and his own family. It is not for this Court to instruct psychiatrists how to draft their reports, but those who call psychiatrists as witnesses should remember that the facts upon which they base their opinions must be proved by admissible evidence. This elementary principle is frequently overlooked [at p. 82, emphasis added].

In the present case Abbey did not testify. Dr. Vallance testified, in the course of his opinion, as to many events and experiences related to him during several interviews. This testimony, while admissible in the context of the opinion, was not in any way evidence of the factual basis of these events and experiences. The trial judge in his decision fell into the error of accepting as evidence of these facts, testimony which if taken to be evidence of their existence would violate the hearsay rule. There was no admissible evidence properly before the Court with respect to: the delusions experienced by the accused; the accused having described the symptoms of his disease to his mother some six months prior to the commission of the offence; the accused having seen a psychiatrist before leaving for Peru; the accused's unstable conduct at the airport some days prior to leaving for Peru or his bizarre behaviour in Peru.

In my view the trial judge erred in law in treating as factual the hearsay evidence upon which the opinions of the psychiatrist were based.

Counsel for Abbey said that the passages in which the trial judge seemed to take symptoms as findings of fact were merely "unfortunate language". But it goes further than that. As Woods J.A. said in *R. v. Perras* (1972), 8 C.C.C. (2d) 209, at p. 213, "The evidence of a physician stating what a patient told him about his symptoms is not evidence as to the existence of the symptoms. To accept it as such would be to

[TRADUCTION] Puis le juge a dit que le rapport contenait une «preuve de moralité obtenue par ouï-dire» qui était irrecevable. Il aurait pu dire que tous les faits sur lesquels le psychiatre a fondé son opinion constituaient une preuve par ouï-dire, sauf ceux qu'il a lui-même observés au cours de son examen de l'appelant, notamment son air dépressif et son émotivité quand il parlait de la défunte et de sa propre famille. Il n'appartient pas à cette Cour de dire aux psychiatres comment rédiger leurs rapports, mais ceux qui citent des psychiatres comme témoins doivent se rappeler que les faits sur lesquels ces derniers fondent leurs opinions doivent être établis par des preuves recevables. On néglige souvent ce principe fondamental [à la p. 82, c'est moi qui souligne].

En l'espèce, Abbey n'a pas témoigné. Le Dr Vallance, en donnant son opinion, a parlé d'un bon nombre d'événements et d'expériences qui lui avaient été relatés au cours de plusieurs entrevues. Bien que recevable dans le cadre de l'opinion, ce témoignage ne prouve aucunement l'aspect factuel de ces événements et expériences. Dans sa décision, le juge du procès a commis l'erreur de retenir comme preuve de ces faits un témoignage qui, s'il était tenu comme preuve de leur existence, contreviendrait à la règle de l'irrecevabilité du ouï-dire. Aucune preuve régulièrement recevable n'avait été soumise à la cour relativement aux hallucinations de l'accusé, à la description que l'accusé avait faite à sa mère des symptômes de sa maladie quelque six mois avant la perpétration de l'infraction, à sa consultation d'un psychiatre avant de partir pour le Pérou, à sa conduite instable à l'aéroport quelques jours avant son départ pour le Pérou ou à son comportement bizarre au Pérou.

A mon avis, le juge du procès a commis une erreur de droit en tenant pour des faits les éléments de preuve par ouï-dire sur lesquels se fondait l'opinion du psychiatre.

L'avocat d'Abbey a affirmé que les passages dans lesquels le juge du procès a semblé considérer des symptômes comme des constatations de faits ne sont qu'un [TRADUCTION] «choix de mots malencontreux». Mais cela va plus loin. Comme l'a dit le juge Woods dans l'arrêt *R. v. Perras* (1972), 8 C.C.C. (2d) 209, à la p. 213, [TRADUCTION] «Le témoignage d'un médecin qui relate ce qu'un patient lui a dit concernant ses symptômes ne

infringe the rule against hearsay." It was appropriate for the doctors to state the basis for their opinions and in the course of doing so, to refer to what they were told not only by Abbey but by others, but it was error for the judge to accept as having been proved the facts upon which the doctors had relied informing their opinions. While it is not questioned that medical experts are entitled to take into consideration all possible information in forming their opinions, this in no way removes from the party tendering such evidence the obligation of establishing, through properly admissible evidence, the factual basis on which such opinions are based. Before any weight can be given to an expert's opinion, the facts upon which the opinion is based must be found to exist.

V

Conclusion

Thus the trial judge erred in two respects. There was no admissible evidence of important facts regarding Abbey's conduct upon which the medical opinions were based. And the judge misconstrued the recent cases dealing with the interpretation of the insanity defence in s. 16(2). A failure to "appreciate" the penal sanctions attaching to an offence does not render the accused "incapable of appreciating the nature and quality" of his act so as to bring the insanity defence into play.

The appeal should be allowed. The judgments at trial and on appeal should be set aside, and a new trial ordered on both counts.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: R. Tassé, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Josiah Wood, Vancouver.*

constitue pas une preuve de l'existence de ces symptômes. En le retenant comme preuve de cette existence, on contreviendrait à la règle de l'irrecevabilité du ouï-dire.» Il convenait que les médecins énoncent le fondement de leurs opinions et, ce faisant, qu'ils mentionnent ce qui leur avait été dit non seulement par Abbey mais aussi par d'autres personnes; cependant, c'est à tort que le juge a tenu pour prouvés les faits sur lesquels les médecins s'étaient fondés pour former leurs opinions. Bien qu'on ne conteste pas le droit des experts médicaux de prendre en considération tous les renseignements possibles pour former leurs opinions, cela ne dégage en aucune façon la partie qui produit cette preuve de l'obligation d'établir, au moyen d'éléments de preuve régulièrement recevables, les faits sur lesquels se fondent ces opinions. Pour que l'opinion d'un expert puisse avoir une valeur probante, il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels se fonde l'opinion.

V

Conclusion

Donc le juge du procès a commis une erreur à deux égards. D'abord, il n'y avait pas de preuve recevable quant à certains faits importants relatifs à la conduite d'Abbey, sur lesquels se fondaient les opinions médicales. Ensuite, le juge a mal interprété les arrêts récents portant sur l'interprétation de la défense d'aliénation mentale prévue au par. 16(2). Le défaut de «se rendre compte» des sanctions pénales qui se rattachent à une infraction ne rend pas l'accusé «incapable de juger la nature et la qualité» de son acte, de manière à pouvoir invoquer la défense d'aliénation mentale.

Le pourvoi doit être accueilli. Le jugement rendu au procès et l'arrêt de la Cour d'appel doivent être infirmés et un nouveau procès ordonné relativement aux deux chefs d'accusation.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante: R. Tassé, Ottawa.*

*Procureur de l'intimé: Josiah Wood, Vancouver.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*;

and

**Norman Skolnick** *Respondent.*

File No.: 16573.

1982: April 1; 1982: July 22.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Sentence — Driving offences — Severer penalty for second or subsequent offences — Previous convictions for two offences arising out of the same incident — Whether second or third offence — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 236(1), 236.1.*

Respondent was convicted of impaired driving (s. 234 *Cr. C.*) and of refusal to provide a breath sample (s. 235 *Cr. C.*); both convictions arose out of the same drinking and driving incident. Three years later, he was convicted of driving while legally intoxicated (s. 236(1) *Cr. C.*) and given the sentence prescribed for a third offence. The District Court Judge confirmed the sentence but the Ontario Court of Appeal found this to be respondent's second offence and imposed sentence accordingly. Hence this appeal to determine whether the mandatory minimum penalty prescribed by s. 236(1)(*c*) *Cr. C.* for a third offence applies to an accused who has previously been convicted of and sentenced at the same time for two offences arising out of the same incident.

*Held*: The appeal should be dismissed.

According to Coke principle, a person cannot be convicted of a third offence before he has been convicted of the second nor of the second before he has been convicted of the first; and the second offence must be commited after the first conviction and the third after the second conviction. That common law principle has been too long embedded in our law to be ousted except by clear statutory provision. Moreover, where two offences arising out of the same incident are tried together and convictions are entered on both after trial, they are to be treated as one for the purpose of determining whether a severer penalty applies, either because of a previous conviction or because of a subsequent conviction. The same rule operates where two offences

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*;

et

**Norman Skolnick** *Intimé.*

N° du greffe: 16573.

1982: 1er avril; 1982: 22 juillet.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Sentence — Infractions relatives à la conduite d'un véhicule automobile — Sentence plus sévère en cas de récidive — Déclarations antérieures de culpabilité relativement à deux infractions nées du même incident — S'agit-il d'une deuxième ou d'une troisième infraction? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 236(1), 236.1.*

L'intimé a été déclaré coupable de conduite avec facultés affaiblies (art. 234 *C.cr.*) et de refus de fournir un échantillon d'haleine (art. 235 *C.cr.*); les deux déclarations de culpabilité découlent du même fait d'avoir conduit en état d'ébriété. Trois ans plus tard, il a été déclaré coupable d'avoir conduit en état d'ébriété, selon la définition du *Code*, (art. 236(1)), et condamné pour une troisième infraction. Le juge de la Cour de district a confirmé la sentence, mais la Cour d'appel de l'Ontario a statué qu'il s'agissait de la deuxième infraction de l'intimé et a prononcé la sentence en conséquence. D'où le présent pourvoi pour déterminer si la peine minimum obligatoire prescrite par l'al. 236(1)*c*) du *Code* pour une troisième infraction s'applique à un accusé qui a déjà été déclaré coupable en même temps de deux infractions nées du même incident et condamné à cet égard.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

Selon le principe de Coke, une personne ne peut être déclarée coupable d'une troisième infraction avant d'avoir été déclarée coupable de la deuxième, ni déclarée coupable de la deuxième avant de l'avoir été de la première; la deuxième infraction doit être postérieure à la première déclaration de culpabilité et la troisième postérieure à la deuxième déclaration de culpabilité. Ce principe de *common law* existe depuis trop longtemps dans notre droit pour qu'on puisse l'écarter sans une disposition législative expresse. De plus, lorsque deux infractions découlant des mêmes faits sont jugées ensemble et qu'une condamnation est prononcée pour chacune à l'issue du procès, il faut les considérer comme une seule infraction pour déterminer si une peine plus sévère

arising out of separate incidents are tried together and convictions are entered at the same time.

*R. v. Bohnet*, [1976] 6 W.W.R. 176, distinguished; *R. v. Negridge* (1980), 54 C.C.C. (2d) 304; *Jack v. Registrar of Motor Vehicles*, [1972] 4 W.W.R. 602; *R. v. Cheetham* (1980), 53 C.C.C. (2d) 109, approved; *Christie v. Britnell* (1895), 21 V.L.R. 71; *Farrington v. Thomson and Bridgland* [1959] V.R. 286; *O'Hara v. Harrington*, [1962] Tas. S.R. 165, considered; *R. v. The Justices of Queens, Ex parte Miller* (1875), 15 N.B.R. 485; *R. v. O'Brien, Ex parte Chamberlain* (1908), 38 N.B.R. 381, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario (1981), 59 C.C.C. (2d) 286, 9 M.V.R. 316, allowing respondent's appeal from the sentence imposed following his conviction on a charge under s. 236(1) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed.

*Hugh J. Campbell*, for the appellant.

*L. T. Feldman*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The issue in this appeal, on its particular facts, is a narrow one but it has ramifications which require consideration of different but related circumstances. Specifically, it involves the question whether the mandatory minimum penalty prescribed by *Criminal Code*, s. 236(1)(*c*) for a third offence applies to an accused who has previously been convicted of and sentenced at the same time for two offences arising out of the same incident. The trial judge imposed the mandatory minimum of three months' imprisonment as for a third offence and this was affirmed on appeal to the District Court Judge. The Ontario Court of Appeal reversed and imposed the minimum fourteen day sentence as for a second offence.

s'applique à cause d'une condamnation antérieure ou à cause d'une condamnation subséquente. La même règle joue lorsque deux infractions qui découlent de faits distincts sont jugées ensemble et que les condamnations sont prononcées en même temps.

Jurisprudence: Distinction faite avec l'arrêt *R. v. Bohnet*, [1976] 6 W.W.R. 176; arrêts approuvés: *R. v. Negridge* (1980), 54 C.C.C. (2d) 304; *Jack v. Registrar of Motor Vehicles*, [1972] 4 W.W.R. 602; *R. v. Cheetham* (1980), 53 C.C.C. (2d) 109; arrêts examinés: *Christie v. Britnell* (1895), 21 V.L.R. 71; *Farrington v. Thomson and Bridgland* [1959] V.R. 286; *O'Hara v. Harrington*, [1962] Tas. S.R. 165; arrêts mentionnés: *R. v. The Justices of Queens, Ex parte Miller* (1875), 15 N.B.R. 485; *R. v. O'Brien, Ex parte Chamberlain* (1908), 38 N.B.R. 381.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 59 C.C.C. (2d) 286, 9 M.V.R. 316, qui a accueilli l'appel interjeté par l'intimé de la sentence imposée par suite de sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation portée en vertu du par. 236(1) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté.

*Hugh J. Campbell*, pour l'appelante.

*L. T. Feldman*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—La question que pose le présent pourvoi, vu les faits particuliers, est limitée, mais elle a des ramifications qui exigent une étude de circonstances différentes mais liées. Plus précisément, il s'agit de savoir si la peine minimum obligatoire prescrite par l'al. 236(1)*c*) du *Code criminel* pour une troisième infraction s'applique à un accusé qui, par une seule et même décision, a déjà été déclaré coupable de deux infractions nées du même incident et condamné à cet égard. Le juge du procès a imposé la peine minimum obligatoire de trois mois d'emprisonnement comme s'il s'agissait d'une troisième infraction et la sentence a été confirmée en appel au juge de la Cour de district. La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé la sentence et imposé la peine minimum de quatorze jours d'emprisonnement comme s'il s'agissait d'une deuxième infraction.

The relevant provisions of the *Criminal Code* are ss. 236(1) and 236.1 and they are as follows:

**236.** (1) Every one who drives a motor vehicle or has the care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in his blood exceeds 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction and is liable

(*a*) for a first offence, to a fine of not more than two thousand dollars and not less than fifty dollars or to imprisonment for six months or to both;

(*b*) for a second offence, to imprisonment for not more than one year and not less than fourteen days; and

(*c*) for each subsequent offence, to imprisonment for not more than two years and not less than three months.

. . .

**236.1** Where a person who is guilty of an offence under section 234, 234.1, 235 or 236 has previously been convicted of an offence under any of those sections, that conviction or those convictions shall be deemed to be, for the purpose of determining the punishment to which the person is subject under any of those sections, a first or second offence, as the case may be.

On May 4, 1976, the accused was convicted of impaired driving, contrary to *Criminal Code*, s. 234, and of failure or refusal to provide a breath sample, contrary to *Criminal Code*, s. 235. Both convictions arose out of the same drinking and driving incident. Although the record of proceedings does not mention the sentence imposed in respect of these convictions, it appeared to be common ground that the accused was not sentenced on the second conviction as for a second offence. On November 21, 1979, the accused was convicted of driving an automobile while having consumed alcohol beyond the lawful quantity contrary to *Criminal Code*, s. 236(1). This offence was committed on or about July 8, 1979, long after the earlier offences.

The trial judge (who was followed in this by the District Court Judge without any elaboration)

Les dispositions pertinentes du *Code criminel* sont le par. 236(1) et l'art. 236.1 que je reproduis ci-après:

**236.** (1) Le conducteur d'un véhicule à moteur ou la personne en ayant la garde à l'arrêt dont le taux d'alcoolémie dépasse 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, est coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et passible,

*a*) pour la première infraction, d'une amende de cinquante à deux mille dollars et d'un emprisonnement de six mois, ou de l'une de ces peines;

*b*) pour la deuxième infraction, d'un emprisonnement de quatorze jours à un an; et

*c*) pour chaque infraction subséquente d'un emprisonnement de trois mois à deux ans.

. . .

**236.1** La personne déclarée coupable d'une infraction aux articles 234, 234.1, 235 ou 236 après avoir été condamnée en vertu de l'un quelconque de ces articles, est réputée, pour l'établissement des peines dont ces articles la rendent passible, avoir commis une première ou une deuxième infraction, selon le cas.

Le 4 mai 1976, l'accusé a été déclaré coupable de conduite avec facultés affaiblies, en violation de l'art. 234 du *Code criminel* et de défaut ou de refus de fournir un échantillon d'haleine en violation de l'art. 235 du *Code criminel*. Les deux condamnations découlent du même fait d'avoir conduit en état d'ébriété. Bien que le dossier des procédures ne fasse pas état de la sentence prononcée à l'égard de ces condamnations, il semble admis de part et d'autre que l'accusé n'a pas, quant à la deuxième condamnation, reçu de sentence comme s'il s'était agi d'une deuxième infraction. Le 21 novembre 1979, l'accusé a été déclaré coupable d'avoir conduit une automobile après avoir consommé plus d'alcool que la quantité légalement permise, en contravention du par. 236(1) du *Code criminel*. Cette infraction avait été commise le 8 juillet 1979 ou vers cette date, longtemps après les infractions précédentes.

Selon le juge du procès (dont le juge de la Cour de district a confirmé la décision sans plus d'expli-

took the position that the number of previous convictions was the decisive consideration on whether a subsequent offence was a third one. The Ontario Court of Appeal, applying *R. v. Negridge* (1980), 54 C.C.C. (2d) 304 and *Jack v. Registrar of Motor Vehicles*, [1972] 4 W.W.R. 602, was of the opinion that because there was no progression of sentences on the facts of the case, there was no element of more than one warning being involved in the first two convictions which, for the purposes of s. 236(1), should be treated as one conviction.

Although the short reasons of the Ontario Court of Appeal did not mention the common law principle derived from *Coke's Institutes*, vol. 2, at p. 468, where increased penalties are imposed for second and subsequent offences, it is evident that the Court had it in mind. That principle was applied by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Cheetham* (1980), 53 C.C.C. (2d) 109 and in *R. v. Negridge, supra*, and canvassed at some length in *Christie v. Britnell* (1895), 21 V.L.R. 71. What Coke said literally was that a person cannot be convicted (and, presumably, if I follow him, sentenced) of a third offence before he has been convicted of the second nor of the second before he has been convicted of the first; and the second offence must be committed after the first conviction and the third after the second conviction. As subsequently understood, the principle, or perhaps, better, policy was that an accused does not face the jeopardy of an increased penalty for a third offence unless he has previously been convicted and sentenced for a second offence. Counsel for the accused relies on this in the present case.

The Crown's position, simply put, is that there were in fact two previous convictions before the one now before this Court and that the common law rule relied upon does not go so far as to allow the courts to treat them as one even if they arose out of the same incident and were entered at the same time.

cation), le nombre de déclarations de culpabilité antérieures est le facteur décisif pour déterminer si une infraction subséquente est la troisième infraction. Selon la Cour d'appel de l'Ontario, qui a appliqué les arrêts *R. v. Negridge* (1980), 54 C.C.C. (2d) 304 et *Jack v. Registrar of Motor Vehicles*, [1972] 4 W.W.R. 602, puisqu'il n'y avait pas en l'espèce de gradation des sentences, les deux premières condamnations ne constituaient qu'un seul avertissement et, pour les fins du par. 236(1), elles devaient être traitées comme une seule condamnation.

Bien que les courts motifs donnés par la Cour d'appel de l'Ontario n'aient pas fait état du principe de *common law*, tiré de *Coke's Institutes*, vol. 2, à la p. 468, en vertu duquel on peut imposer des sentences plus sévères dans le cas de récidive, il est manifeste que la Cour l'avait présent à l'esprit. La Cour d'appel de l'Ontario a appliqué ce principe dans les arrêts *R. v. Cheetham* (1980), 53 C.C.C. (2d) 109 et *R. v. Negridge*, précité, et on en trouve une analyse assez approfondie dans *Christie v. Britnell* (1895), 21 V.L.R. 71. Ce que Coke dit littéralement, c'est qu'une personne ne peut être déclarée coupable d'une troisième infraction (et, vraisemblablement, si je le suis bien, condamnée à cet égard) avant d'avoir été déclarée coupable de la deuxième, ni déclarée coupable de la deuxième avant de l'avoir été de la première; de plus, la deuxième infraction doit être postérieure à la première déclaration de culpabilité et la troisième postérieure à la deuxième déclaration de culpabilité. Selon l'interprétation ultérieure de ce principe, ou peut-être plus exactement de la règle de conduite, un accusé ne court pas le risque de voir sa peine aggravée pour une troisième infraction à moins qu'il n'ait déjà été déclaré coupable de la deuxième et condamné à cet égard. L'avocat de l'accusé invoque ce principe en l'espèce.

En bref, le ministère public soutient qu'il y a eu en réalité deux déclarations de culpabilité antérieures à celle que vise le présent pourvoi et que la règle de *common law* invoquée ne va pas jusqu'à permettre aux cours de les considérer comme une seule déclaration de culpabilité même si elles découlent d'un même incident et si elles ont été prononcées en même temps.

I turn to a consideration of the cases which touch the issue here, beginning with the Australian decision in *Christie v. Britnell, supra*. Before doing so, I may mention *Jack v. Registrar of Motor Vehicles, supra*, referred to by the Ontario Court of Appeal in the present case, and note that it offers an exact parallel in that there were two convictions there on the same day and of offences arising out of the same incident. They followed an earlier conviction of a similar offence, and the question before Matas J. (now J. A.) was whether the statutory disqualification from driving following a conviction of a third offence applied. The learned judge held, coming to the same result in principle as that reached here by the Ontario Court of Appeal, that for the disqualification to operate there must be three sequential occurrences and three convictions arising out of three separate occasions.

The facts in *Christie v. Britnell* differed from those here in that there the accused was convicted on the same day of unlawfully selling beer on two separate occasions. The question was whether he was subject to being sentenced for a second offence. Madden C. J. held he could not be so sentenced and embarked on an assessment of the principle of statutory interpretation based on Coke's observations above-mentioned. He said this, at p. 73:

The words "subsequent offence", together with the larger measure of punishment to be awarded, would seem to indicate that the second offence should be one which followed after conviction and punishment of the first offence. I find that there is a general principle which governs these matters. It is said in *Coke (b)*:—"*Et si tertio deliquerit et super hoc convicti fuerint. Convicti fuerint* is here taken for *adjudicati fuerint*. Though this branch saith *et super hoc convicti fuer*, and may seem to refer to the third offence, yet cannot he be convicted of the third before he be convicted of the second, nor of the second before he be convicted of the first; and the second offence must be committed after the first conviction, and the third after the second conviction, and severall judgments thereupon given: for so it is to be understood in other Acts of Parliament where there be degrees of punishment inflicted for the first, second and third offence, etc., there must be severall convictions,

J'aborderai maintenant l'étude des arrêts relatifs à la question en cause ici, en commençant par l'arrêt australien *Christie v. Britnell*, précité. Auparavant je veux signaler l'arrêt *Jack v. Registrar of Motor Vehicles*, précité, mentionné par la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce, et souligner qu'il présente un parallélisme parfait, en ce qu'il y avait eu, là aussi, deux déclarations de culpabilité prononcées le même jour et découlant du même incident. Elles étaient postérieures à une condamnation pour une infraction semblable et la question soumise au juge Matas (nommé depuis à la Cour d'appel) était de savoir s'il fallait prononcer le retrait du permis de conduire prévu dans la loi pour une troisième infraction. Le savant juge a conclu, comme l'a fait globalement la Cour d'appel de l'Ontario en l'instance, que pour qu'il y ait retrait du permis, il doit y avoir trois événements consécutifs et trois déclarations de culpabilité découlant de trois incidents distincts.

Les faits de l'arrêt *Christie v. Britnell* sont différents de ceux de l'espèce en ce que l'accusé y a été déclaré coupable le même jour d'avoir vendu de la bière illégalement en deux occasions distinctes. La question qui se posait était de savoir s'il était susceptible d'être condamné pour une deuxième infraction. Le juge en chef Madden a conclu qu'il ne pouvait pas être condamné de cette façon et a entrepris une évaluation du principe d'interprétation des lois fondée sur l'énoncé de Coke cité plus haut. Il dit, à la p. 73:

[TRADUCTION] Les mots «infraction subséquente» et la peine plus sévère qu'il faut imposer semblent indiquer que la deuxième infraction doit venir après la déclaration de culpabilité à l'égard de la première infraction et l'imposition d'une sentence pour celle-ci. Je conclus qu'il y a un principe général qui régit ces questions. On dit dans *Coke (b)*:—«*Et si tertio deliquerit et super hoc convicti fuerint. Convicti fuerint* veut ici dire *adjudicati fuerint*. Bien que ce membre de phrase dise *et super hoc convicti fuer*, et puisse sembler renvoyer à la troisième infraction, l'accusé ne peut cependant être déclaré coupable de la troisième avant d'être déclaré coupable de la deuxième, ni de la deuxième avant d'être déclaré coupable de la première; la deuxième infraction doit avoir été commise après la première déclaration de culpabilité et la troisième après la deuxième déclaration de culpabilité et des jugements distincts rendus; parce qu'il faut ainsi interpréter les autres lois du Parlement où il y a une

that is to say, judgments given upon legall proceeding for every severall offence, for it appeareth to be no offence untill judgment by proceeding of law be given against him." Therefore, while *Coke* distinguishes the actual language of *Westm. Second.*, which would be less difficult, he, nevertheless, points out the general principle governing offences of this kind. That view of *Coke* has never been departed from, and in *Maxwell on Interpretation of Statutes* (2nd ed.), p. 427, it is said, quoting *Coke*:—"When a second offence is the subject of distinct punishment it is an offence committed after conviction of a first."

He observed, further, at p. 74, that

The principle involved there is that to be an offence there must be a conviction and also that the meaning of the Legislature in imposing grades of punishment for a second, as contrasted with a first offence, really was that the liability to a higher degree of punishment is to be a warning not to be again convicted. [Emphasis added.]

A more recent Australian case, also from Victoria, is *Farrington v. Thomson and Bridgland*, [1959] V.R. 286 where the facts were that although the accused had been convicted on three separate occasions of *Licensing Act* offences, the second offence had been committed prior to the first conviction. The question at issue was whether he could be sentenced as for a third offence which attracted a mandatory additional penalty of forfeiture of his licence. *Christie v. Britnell* and other cases were relied on for the conclusion that the second of the three convictions was not a conviction for a second offence. This is what Smith J. said on the issue, at p. 288:

These cases show, I consider, that in sections like s. 177, which impose increased penalties for second and subsequent offences, an offence is not ordinarily to be considered a "second offence" unless at the time when it was committed the offender had a prior conviction. They, therefore, support the view that an offence is not a "third offence" unless the offender had two prior convictions when he committed it. They do not deal, however, with the question whether that is all that is necessary to constitute a "third offence" or whether it is necessary, in

gradation des peines imposées pour la première, la deuxième et la troisième infraction etc., il doit y avoir plusieurs déclarations de culpabilité, c'est-à-dire des jugements prononcés par suite de procédures judiciaires visant chacune des infractions différentes, car il ressort qu'il n'y a pas d'infraction tant que jugement n'a pas été rendu contre lui conformément à la loi.» Donc même si *Coke* distingue le texte même du *Deuxième statut de Westminster*, qui serait moins difficile, il n'en exprime pas moins le principe général qui régit les infractions de cette nature. Ce point de vue de *Coke* n'a jamais été abandonné et dans *Maxwell On Interpretation of Statutes* (2e éd.) à la p. 427 on cite *Coke* ainsi: — «Lorsqu'une deuxième infraction est l'objet d'une peine distincte, il s'agit d'une infraction commise après la déclaration de culpabilité relative à une première infraction.»

Il souligne plus loin, à la p. 74, que:

[TRADUCTION] Selon le principe alors en cause, il n'y a pas d'infraction sans déclaration de culpabilité et ce que le législateur a signifié en imposant une punition plus sévère pour une deuxième infraction que pour une première, c'est en réalité que le risque de se voir imposer une peine plus sévère serve d'avertissement pour décourager la récidive. [C'est moi qui souligne.]

L'affaire *Farrington v. Thomson and Bridgland*, [1959] V.R. 286, est une affaire australienne plus récente, venant aussi de Victoria. Bien que l'accusé ait été déclaré coupable à trois reprises d'infractions à la *Licensing Act*, la deuxième infraction a été commise avant la première déclaration de culpabilité. La question qui s'y posait était de savoir s'il pouvait être condamné pour la troisième infraction qui comportait automatiquement la peine supplémentaire de perte de sa licence. On a notamment invoqué l'arrêt *Christie v. Britnell* pour affirmer que la deuxième des trois condamnations n'était pas une condamnation relative à une deuxième infraction. Voici ce qu'en dit le juge Smith, à la p. 288:

[TRADUCTION] Ces affaires démontrent, à mon avis, que dans le cas d'articles comme l'art. 177 qui imposent une sentence plus sévère en cas de récidive, on ne peut considérer une infraction comme «la deuxième infraction» à moins qu'au moment où elle a été commise l'accusé ait déjà été déclaré coupable. Ils confirment donc le point de vue selon lequel une infraction ne peut être «une troisième infraction» à moins que l'accusé n'ait déjà été déclaré coupable deux fois avant de la commettre. Ils ne disent toutefois pas si c'est tout ce qui est

addition, that one of the two prior convictions should have been for a "second offence" within the meaning of the section.

It appears to me that s. 177 does make this additional requirement. The decisions in the cases cited are derived from a rule of construction stated in Coke's Institutes, vol. 2, p. 468 in language which, as I read it, makes that requirement.

The same view was taken in *O'Hara v. Harrington*, [1962] Tas. S.R. 165 where Burbury C.J. said this, at p. 169:

> It may be thought to be anomalous that if a man commits the offence of drunken driving and then repeats the offence before being convicted of the first offence he escapes the increased minimum statutory penalty in respect of his second offence. But Lord *Coke*, the great 17th Century judicial defender of the rights of the individual, said over three centuries ago that a man may not lawfully be subjected to an increased statutory penalty as for a second offence unless he had deliberately broken the law again after being convicted and receiving punishment for a first breach of it. The law has been taken to be so settled ever since.
>
> This three century old canon of construction of penal provisions of this kind is broadly based on principle and does not depend upon the precise language used in a statute. It ought not to be excluded unless the legislature has plainly said so.

This Tasmanian case was among the authorities relied on by Blair J.A. who delivered the majority judgment (Arnup J.A. concurring and Jessup J.A. dissenting) in *R. v. Cheetham, supra.*

The *Cheetham* case was not concerned with driving offences but with robbery involving the use of a firearm. The relevant *Criminal Code* provision, s. 83(1), provides for increased penalties and an increased minimum for second and subsequent offences. The accused was convicted on three counts of robbery and on three counts of using a firearm while committing an offence contrary to s. 83. He had a rifle with him during each robbery which was of the same store over a two month period. What concerned the Court of Appeal was whether the trial judge was right in sentencing the

nécessaire pour constituer une «troisième infraction» ou s'il faut, en plus, que l'une des deux déclarations de culpabilité précédentes vise une «deuxième infraction» au sens de l'article.

L'article 177 me paraît imposer cette condition supplémentaire. Les décisions dans les affaires citées viennent d'une règle d'interprétation énoncée dans Coke's Institutes, vol. 2, à la p. 468 dont le texte, selon mon interprétation, comporte cette exigence.

Le juge en chef Burbury a exprimé la même opinion dans l'arrêt *O'Hara v. Harrington*, [1962] Tas. S.R. 165, dans lequel il dit, à la p. 169:

> [TRADUCTION] Il peut paraître anormal que si une personne commet l'infraction de conduite en état d'ébriété et récidive avant d'avoir été déclarée coupable de la première infraction, elle échappe à la peine minimum plus sévère prévue pour une deuxième infraction. Mais lord *Coke* qui était un grand défenseur des droits de l'individu au 17e siècle, a dit, il y a plus de trois siècles, qu'un homme ne peut légalement être passible d'une peine plus sévère imposée par la loi pour une deuxième infraction à moins d'avoir délibérément enfreint la loi de nouveau après avoir été déclaré coupable et condamné pour l'avoir enfreinte une première fois. On a toujours considéré depuis que c'était l'état du droit.
>
> Cette règle d'interprétation des dispositions pénales du même genre, vieille de trois siècles, se fonde en somme sur un principe et ne dépend pas du texte précis d'une loi. Il ne faut pas l'écarter à moins que le législateur n'ait expressément dit de le faire.

Cet arrêt de Tasmanie est l'un des précédents utilisés par le juge Blair qui a rédigé le jugement de la majorité en Cour d'appel (auquel le juge Arnup a souscrit, le juge Jessup étant dissident) dans l'affaire *R. v. Cheetham*, précitée.

L'arrêt *Cheetham* ne porte pas sur des infractions de conduite de véhicule automobile, mais sur des vols qualifiés avec utilisation d'arme à feu. La disposition pertinente du *Code criminel*, le par. 83(1), prévoit une aggravation des peines et aussi des peines minimums plus sévères en cas de récidive. L'accusé a été déclaré coupable sur trois chefs d'accusation de vol qualifié et trois chefs d'accusation d'utilisation d'arme à feu pendant qu'il commettait une infraction, en violation de l'art. 83. Il était armé d'une carabine à chacun des vols commis au même magasin sur une période de

accused on the firearm convictions to consecutive three year minimum terms as for a second and subsequent offence. For Jessup J.A. in dissent it was enough that the offences were subsequent to each other at the time they were committed. The majority judgment of Blair J.A. proceeded on what I may call the Coke principle that (in his words) "unless the statute otherwise clearly provides, an offender cannot be convicted as for a second or subsequent offence, unless that offence is committed after a previous *conviction* for a first or earlier offence" (at p. 113). He concluded therefore that the trial judge was in error in his sentencing and that the three counts should have been treated as first offences subject to a minimum sentence of one year each.

Two other observations of Blair J.A. must be mentioned. He said this, at p. 114, followed by quoting from *O'Hara v. Harrington, supra*:

> However it may be expressed, the *rationale* for the rule is plain. It is expected that the conviction and penalty for the initial offence and the peril of a more severe penalty for a subsequent offence will be present in the mind of the offender and guide his future conduct.

And further, at p. 117:

> In a case like the present where a statute may be open to two interpretations, it is still the rule, in the absence of compelling reasons to the contrary, that an interpretation should be chosen which favours the liberty of the subject.

One of the points made by Blair J.A. in his extensive canvass of the issue was that "the principle that increased penalties only apply to subsequent offences committed after conviction for a first offence was accepted in the *Criminal Code* upon its enactment in 1892" (at p. 114). He referred to and quoted provisions carried into the

deux mois. La Cour d'appel s'est posé la question de savoir si le juge du procès avait eu raison de condamner l'accusé, pour usage d'arme à feu, à des périodes minimums de trois ans à purger consécutivement comme s'il s'agissait d'une deuxième et troisième infractions. Pour le juge Jessup, dissident, il suffisait que les infractions aient été commises l'une après l'autre. Le jugement de la majorité, rendu par le juge Blair, a appliqué ce que j'appellerais le principe de Coke d'après lequel (selon les propres termes du juge) [TRADUCTION] «à moins que la loi ne dise expressément le contraire, un accusé ne peut être déclaré coupable d'une infraction qualifiée de deuxième infraction ou d'infraction subséquente à moins que celle-ci n'ait été commise après une première *déclaration de culpabilité* relativement à une première infraction ou à une infraction antérieure» (à la p. 113). Il a donc conclu que le juge du procès avait commis une erreur en imposant la sentence et que les trois chefs d'accusation auraient dû être considérés comme des premières infractions assujetties à la peine minimum d'une année d'emprisonnement chacune.

Il y a lieu de faire état de deux autres remarques du juge Blair. Il dit, à la p. 114, après avoir cité l'arrêt *O'Hara v. Harrington*, précité:

> [TRADUCTION] Quelle qu'en soit la formulation, la *raison d'être* de la règle est manifeste. On veut que la déclaration de culpabilité et la peine imposée pour la première infraction de même que le risque d'une peine plus sévère pour une infraction subséquente soient présents à l'esprit de l'accusé et qu'ils influencent sa conduite à l'avenir.

Et puis encore, à la p. 117:

> [TRADUCTION] Dans un cas comme celui-ci où la loi peut recevoir deux interprétations, il est encore de règle, en l'absence de motifs impérieux d'opter pour le contraire, de choisir l'interprétation favorable à la liberté du justiciable.

Le juge Blair souligne notamment, dans son analyse approfondie de la question, que [TRADUCTION] «le principe selon lequel une peine plus sévère ne s'applique aux infractions subséquentes que si elles ont été commises après la déclaration de culpabilité de la première infraction est inscrit au *Code criminel* adopté en 1892» (à la p. 114). Il

1927 statute revision (R.S.C. 1927, c. 36) as ss. 851 and 963. Those sections provided for particulars of a previous conviction to be given in an indictment where punishment for a subsequent offence was greater than for a first offence and for the method of proving the previous conviction. Because of their likely prejudice to an accused before a jury, these provisions for disclosure of previous convictions in an indictment were removed in the 1953-1954 revision of the *Criminal Code* and replaced by what are now ss. 591 and 592. The former forbids any reference to previous convictions in an indictment for which a greater punishment may be imposed by reason thereof, and the latter requires the prosecutor to establish that the accused was notified before plea that a greater punishment would be sought because of a previous conviction. This was done in the *Cheetham* case.

The *Negridge* case, *supra*, is important on two counts. First it elaborates s. 236.1, enacted by 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 17 which came into force on April 26, 1976, pointing out that its effect is to designate a group of related offences as being each capable of being first or second offences for the purposes of determining prescribed punishment. Thus, it overcomes the previous need of showing that the subsequent offence was the same one for which there was a previous conviction. Second, and more significant here, it affirms the rule of construction in the *Cheetham* case. Martin J.A., who spoke for the Court in *Negridge*, rejected Crown counsel's contention that the use of the word "previously" in s. 236.1 indicated a designed departure from the Coke principle. The word simply indicated that convictions under the former section were embraced. Justice Martin made the following point (at p. 314):

> ... Parliament, had it wished s. 236.1 to have the effect contended for by the Crown, could readily have provided that where a person had been previously convicted under

cite des dispositions qui ont été reproduites dans les Statuts revisés de 1927 (S.R.C. 1927, chap. 36) sous les art. 851 et 963. Ces articles prévoyaient qu'un acte d'accusation devait énoncer les détails d'une déclaration de culpabilité antérieure s'il était prévu, en cas de récidive, une peine plus sévère que pour une première infraction; ils indiquaient également la manière de prouver les déclarations de culpabilité antérieures. A cause du préjudice que pouvait causer à un accusé devant un jury un acte d'accusation contenant des déclarations de culpabilité antérieures, ces dispositions ont été supprimées dans la révision du *Code criminel* en 1953-1954, et remplacées par les art. 591 et 592 actuels. Le premier article interdit toute mention des condamnations antérieures dans un acte d'accusation à l'égard d'une infraction pour laquelle une peine plus sévère peut être infligée de ce fait et l'autre article impose à la poursuite de prouver que l'accusé a été avisé avant de plaider qu'une peine plus sévère serait demandée à cause d'une condamnation antérieure. C'est ce qui a été fait dans l'affaire *Cheetham*.

L'arrêt *Negridge*, précité, est important pour deux raisons. Premièrement, on y analyse l'art. 236.1 édicté à 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 17, et entré en vigueur le 26 avril 1976, en notant qu'il a pour effet de rendre un groupe d'infractions connexes susceptibles de constituer chacune une première ou une deuxième infraction aux fins d'établir la peine à imposer. Il élimine ainsi la nécessité de prouver que l'infraction subséquente est la même que celle dont l'accusé a déjà été déclaré coupable. Deuxièmement, et c'est plus important en l'espèce, il confirme la règle d'interprétation énoncée dans l'arrêt *Cheetham*. Le juge Martin qui a rédigé les motifs de la Cour dans l'arrêt *Negridge*, a rejeté l'argument du substitut selon lequel l'emploi du mot *previously* dans le texte anglais de l'art. 236.1 aurait signifié l'abandon intentionnel du principe de Coke. Le mot indiquait seulement que les déclarations de culpabilité prononcées en application de l'ancien article étaient visées. Le juge Martin s'est exprimé comme suit (à la p. 314):

> [TRADUCTION] ... Si le législateur avait voulu donner à l'art. 236.1 la portée que le substitut veut lui donner, il aurait pu facilement prévoir que lorsqu'une personne a

any of the four sections mentioned, that conviction or those convictions, whether registered before or after the *commission* of a second of subsequent offence, should be deemed to be a first or second offence, as the case might be. Parliament is presumed to know the existing state of the law and if it had wished to alter such a well established rule it would have expressly so stated. It would take much clearer language than that contained in s. 236.1 to satisfy me that Parliament intended to alter the accepted meaning of the terms "second" or "subsequent" offence found in s. 234(1)(*b*) and (*c*). Even if the language of s. 236.1 were equally open to the interpretation contended for by the Crown, which I think it is not, there being an ambiguity, the section should be interpreted according to the universal principle that if a penal provision is reasonably capable of two interpretations, that interpretation which is most favourable to the accused must be adopted: . . .

déjà été déclarée coupable en application de l'un ou l'autre des quatre articles mentionnés, la ou les déclarations de culpabilité en cause sont réputées être une première ou une deuxième infraction, selon le cas, qu'elles aient été prononcées avant ou après la *perpétration* de la seconde infraction ou des infractions subséquentes. Le législateur est présumé connaître l'état du droit et s'il avait voulu modifier une règle aussi bien établie il l'aurait fait en termes exprès. Il faudrait un texte beaucoup plus explicite que celui de l'art. 236.1 pour me convaincre que le législateur a voulu modifier le sens admis des mots «deuxième» infraction ou infraction «subséquente» qui se trouvent aux al. 234(1)*b*) et *c*). Même si le texte de l'art. 236.1 se prêtait à l'interprétation proposée par le substitut, ce qui, à mon avis, n'est pas le cas, vu qu'il y a ambiguïté, l'article doit s'interpréter conformément au principe universel selon lequel si une disposition pénale peut raisonnablement s'interpréter de deux façons, il faut adopter l'interprétation la plus favorable à l'accusé: . . .

The facts in *Negridge* differed from those in the present case. There the accused was first convicted on July 10, 1974 for driving with an excessive percentage of alcohol in his blood contrary to s. 236. On July 28, 1977 he was convicted of impaired driving under s. 234, the offence having been committed on May 16, 1976. On August 15, 1977 he was again convicted under s. 234, the offence having been committed on May 28, 1976 and hence before his conviction on July 28. It was held that the conviction of July 10, 1974 was, by virtue of s. 236.1, a first offence for punishment purposes although s. 236.1 was not then in force. The real issue here concerned the offence committed on May 28, 1977. Should the accused be liable to be sentenced as for a third offence when convicted on August 15, 1977 or for a second offence because it was committed before he was convicted a second time on July 28, 1977? The Coke principle would require that the accused be liable to sentence as a second offender only because when the May 28 offence was committed, he had been only convicted once before. In accordance with the rule expressed in the *Cheetham* case, a second or subsequent offence means a second or subsequent offence committed after a previous conviction or convictions.

Les faits de l'affaire *Negridge* diffèrent de ceux de l'espèce. Dans cette affaire-là, l'accusé a été déclaré coupable la première fois le 10 juillet 1974 d'avoir conduit alors que son taux d'alcoolémie était supérieur à la limite permise par l'art. 236. Le 28 juillet 1977, il a été déclaré coupable d'avoir conduit alors que ses facultés étaient affaiblies en contravention de l'art. 234; l'infraction avait été commise le 16 mai 1976. Le 15 août 1977, il était de nouveau déclaré coupable de contravention à l'art. 234, l'infraction ayant été commise le 28 mai 1976, donc avant la déclaration de culpabilité du 28 juillet. On a statué que la déclaration de culpabilité du 10 juillet 1974 était une première infraction en vertu de l'art. 236.1, aux fins de la sentence, même si l'art. 236.1 n'était pas encore en vigueur à l'époque. La question qui se posait alors avait trait à l'infraction commise le 28 mai 1977. L'accusé était-il passible de la peine prévue pour une troisième infraction lorsqu'il a été déclaré coupable le 15 août 1977 ou pour une deuxième infraction parce qu'elle a été commise avant qu'il soit déclaré coupable la seconde fois le 28 juillet 1977? Selon le principe de Coke, l'accusé ne serait passible que de la peine prévue pour une deuxième infraction parce que, quand il a commis l'infraction du 28 mai, il n'avait été condamné qu'une seule fois auparavant. Conformément à la règle énoncée dans l'arrêt *Cheetham*, une deuxième

Martin J.A. hence held that the conviction on August 15, 1977 could only be as for a second offence, that of July 28 to be disregarded in that connection. He brought in aid *Criminal Code*, s. 5(1)(*a*) which provides that where an enactment creates an offence and authorizes a punishment to be imposed in respect thereof, a person shall not be deemed to be guilty of that offence until he is convicted thereof.

Finally, I wish to refer to the judgment of the Northwest Territories Court of Appeal (in fact, the Alberta Court of Appeal) in *R. v. Bohnet*, [1976] 6 W.W.R. 176 which was relied on by the appellant Crown. There the accused was convicted on three successive occasions of offences against s. 236(1) (then s. 234). The first conviction was in February, 1971, the second in August, 1971 and the third in November, 1974. He was convicted a fourth time of an offence committed in September, 1975. These were all summary convictions but the Crown did not comply with s. 740 (similar to s. 592, applicable to indictable offences, referred to earlier) either in respect of the August, 1971 or the November, 1974 convictions, requiring notice to the accused that a greater punishment would be sought by reason of a previous conviction. However, the Crown did give a s. 740 notice in respect of the fourth offence. The trial judge held that there had to be progressive sentences and until the accused was sentenced for the second or third offences the Crown could not invoke what is now s. 236(1)(*c*) to punish as for a third offence or subsequent offence.

Clement J.A. for the Court disagreed that the failure to comply with s. 740 in respect of the second and third offences affected resort to s. 236(1)(*c*) in respect of the fourth offence. In his view, s. 236(1) provided its own punishment code,

infraction ou une infraction subséquente signifie une deuxième infraction ou une infraction subséquente commise après la ou les déclarations de culpabilité antérieures.

Le juge Martin a donc conclu que la déclaration de culpabilité du 15 août 1977 ne pouvait être que pour une deuxième infraction, qu'il ne fallait pas tenir compte de celle du 28 juillet à cet égard. Il invoque l'al. 5(1)*a*) du *Code criminel* qui prévoit que lorsqu'une disposition crée une infraction et autorise l'imposition d'une peine à son égard, une personne est réputée innocente de cette infraction tant qu'elle n'en a pas été déclarée coupable.

Enfin, je veux faire état de l'arrêt de la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest (en réalité la Cour d'appel de l'Alberta) dans *R. v. Bohnet*, [1976] 6 W.W.R. 176, que la poursuite appelante a invoqué. L'accusé avait été déclaré coupable à trois reprises d'infractions à l'art. 236(1) (alors l'art. 234). La première condamnation est survenue en février 1971, la deuxième en août 1971 et la troisième en novembre 1974. Il a été déclaré coupable une quatrième fois d'une infraction commise en septembre 1975. Il s'agissait toujours de déclarations sommaires de culpabilité, mais la poursuite ne s'est pas conformée à l'art. 740 (semblable à l'art. 592 applicable aux actes criminels et dont il a été question plus haut) ni à l'égard de la déclaration de culpabilité d'août 1971 ni de celle de novembre 1974; cet article exige qu'on avise l'accusé qu'une peine plus sévère sera demandée à cause d'une déclaration de culpabilité antérieure. Toutefois la poursuite a donné l'avis prévu à l'art. 740 à l'égard de la quatrième infraction. Le juge du procès a statué qu'il devait y avoir gradation dans les sentences et que, jusqu'à ce que l'accusé soit condamné pour la deuxième infraction ou la troisième infraction, la poursuite ne pouvait pas invoquer l'article correspondant à l'actuel al. 236(1)*c*) pour obtenir une sentence comme s'il s'agissait d'une troisième infraction ou d'une infraction subséquente.

Le juge Clement qui a rendu l'arrêt de la Cour a rejeté l'idée que le non-respect de l'art. 740 à l'égard de la deuxième et de la troisième infraction empêchait le recours à l'al. 236(1)*c*) à l'égard de la quatrième. A son avis, le par. 236(1) est, en soi, un

and it was the number of convictions not the progression of penalties that governed. On its facts, the *Bohnet* case presents no difficulties, apart from whether s. 740 (or s. 592, as the case may be) are mandatory prerequisites to invocation of s. 236(1). There were there, four offences, each occurring on a different occasion and for which there were separate convictions. The case is, in this respect, unlike the present case, unlike *Cheetham* and unlike *Negridge*.

The conclusion that I draw from the canvass of the authorities is that the Coke rule or, if I may say so, the policy it reflects, has been too long embedded in our law to be ousted except by clear statutory provision or, at the most, by necessary implication. This is not evident here. I note that among the authorities canvassed in the *Cheetham* case were two New Brunswick judgments, one in the last century and the other in the early part of this century, both supporting the approach taken here by the Ontario Court of Appeal: see *R. v. The Justices of Queens, Ex parte Miller* (1875), 15 N.B.R. 485, at p. 488; *R. v. O'Brien, Ex parte Chamberlain* (1908), 38 N.B.R. 381, at p. 383.

I should add that no question was raised in the present case as to the obligation of the Crown to give the notice prescribed by either *Criminal Code* s. 592 or s. 740, as the case may be, if it would seek a greater punishment by reason of a previous conviction or convictions. This issue may be left for determination in a case which calls for this consideration.

The following summary is in order:

(1) The number of convictions *per se* does not govern in determining whether the Coke rule applies.

(2) The general rule is that before a severer penalty can be imposed for a second or subsequent offence, the second or subsequent offence must have been committed after the first or second conviction, as the case may be, and the second or subsequent

code des peines et c'est le nombre de condamnations et non la gradation des sentences qui est le facteur déterminant. Les faits de l'affaire *Bohnet* ne présentent pas de difficultés sauf celle de savoir si l'art. 740 (ou l'art. 592, selon le cas) constitue une condition *sine qua non* du recours au par. 236(1). Il y a eu dans cette affaire-là quatre infractions qui se sont produites à des moments différents et pour lesquels il y a eu quatre déclarations de culpabilité distinctes. L'affaire à cet égard diffère de l'espèce comme elle diffère de l'affaire *Cheetham* et de l'affaire *Negridge*.

La conclusion que je tire de l'analyse de la jurisprudence est que la règle de Coke ou, si l'on veut, la ligne de conduite qu'elle exprime, existe depuis trop longtemps dans notre droit pour qu'on puisse l'écarter sans une disposition législative expresse ou, à tout le moins, sans qu'on puisse le faire par déduction nécessaire. Ce n'est pas évident en l'espèce. Je remarque que dans les précédents analysés dans l'arrêt *Cheetham* il y a deux décisions du Nouveau-Brunswick, l'une de la fin du siècle dernier et l'autre du début de ce siècle, et les deux appuient le point de vue adopté en l'espèce par la Cour d'appel de l'Ontario: voir *R. v. The Justices of Queens, Ex parte Miller* (1875), 15 N.B.R. 485, à la p. 488; *R. v. O'Brien, Ex parte Chamberlain* (1908), 38 N.B.R. 381, à la p. 383.

J'ajouterai qu'on n'a pas soulevé en l'espèce la question de l'obligation de la poursuite de donner l'avis prescrit par l'art. 592 ou l'art. 740 du *Code criminel*, selon le cas, si elle réclame une sentence plus sévère à cause d'une ou de plusieurs condamnations antérieures. On pourra chercher la solution de cette question dans une affaire qui la soulèvera.

Il y a lieu de résumer comme ceci:

(1) En soi, le nombre de condamnations n'est pas déterminant sur la question de savoir si la règle de Coke s'applique.

(2) La règle générale veut que pour qu'on puisse imposer une sentence plus sévère pour une deuxième infraction ou une infraction subséquente, la deuxième infraction ou l'infraction subséquente doit avoir été commise après la première ou la

conviction must have been made after the first or second conviction, as the case may be.

(3) Where two offences arising out of the same incident are tried together and convictions are entered on both after trial, they are to be treated as one for the purpose of determining whether a severer penalty applies, either because of a previous conviction or because of a subsequent conviction.

(4) The rule operates even where two offences arising out of separate incidents are tried together and convictions are entered at the same time.

I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Lawrence T. Feldman, Toronto.*

deuxième condamnation, selon le cas, et la deuxième condamnation ou la condamnation subséquente doit être prononcée après la première ou la deuxième condamnation, selon le cas.

(3) Lorsque deux infractions découlant des mêmes faits sont jugées ensemble et qu'une condamnation est prononcée pour chacune à l'issue du procès, il faut les considérer comme une seule pour déterminer si une peine plus sévère s'applique à cause d'une condamnation antérieure ou à cause d'une condamnation subséquente.

(4) La règle joue même lorsque deux infractions qui découlent de faits distincts sont jugées ensemble et que les condamnations sont prononcées en même temps.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intimé: Lawrence T. Feldman, Toronto.*

**Ronald Henry Lowden** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

File No.: 16518.

1982: February 9; 1982: August 9.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Theft — Travel agency received funds for airline tickets — Airline not paid and customers without ticket or refund — Whether or not theft of monies paid under direction.*

*Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Jurisdiction restricted to questions of law — Appeal as of right from court of appeal judgment with dissent — Whether or not dissenting opinion based on question of law or of fact — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 283, 290, 292, 294, 618.*

Appellant appeals as of right from a judgment of the Alberta Court of Appeal upholding convictions of theft, Moir J.A. dissenting. Clients of a travel agency—appellant was its president and principal shareholder—booked tours through and made payment to the agency. The clients did not receive their tickets. Only a portion of the amount paid the agency had in turn been paid to the tour operator. The trial judge predicated the finding of theft under s. 283 of the *Code* and the majority of the Court of Appeal under ss. 283, 290 and 292; the dissenting judge was of the opinion that the convictions could not be supported by these sections.

*Held*: The appeal should be dismissed.

As the appellant came to the Court as of right under s. 618(1)(*a*) and since a finding of theft under any one of ss. 283, 290 and 292 is sufficient for a conviction, the appeal must be dismissed in the absence of a dissent on a question of law with respect to any one of those sections. The dissent with the Court of Appeal's finding of theft under s. 292 was not a disagreement on a question of law but on one of fact. The difference of opinions was as to whether there was evidence that the funds were advanced "with the express instruction to acquire on behalf of [the] customer[s] a specified com-

**Ronald Henry Lowden** *Appelant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

N° du greffe: 16518.

1982: 9 février; 1982: 9 août.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

*Droit criminel — Vol — Une agence de voyages a reçu des sommes pour l'achat de billets d'avion — Les billets n'ont pas été payés et les clients n'ont reçu ni billet ni remboursement — S'agit-il du vol de sommes payées suivant des instructions?*

*Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Compétence limitée à des questions de droit — Pourvoi de plein droit à l'encontre d'un jugement d'une cour d'appel avec une dissidence — L'opinion dissidente porte-t-elle sur une question de droit ou sur une question de fait? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 283, 290, 292, 294, 618.*

L'appelant se pourvoit de plein droit à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta qui a maintenu les déclarations de culpabilité de vol, le juge Moir étant dissident. Les clients d'une agence de voyages, dont l'appelant est le président et le principal actionnaire, ont fait des réservations pour des voyages par l'intermédiaire de l'agence et lui ont versé de l'argent. Les clients n'ont pas reçu leurs billets. Une partie seulement des sommes versées à l'agence a été payée aux organisateurs des voyages. Le juge du procès a appuyé ses conclusions de vol sur l'art. 283 du *Code*, et la Cour d'appel à la majorité s'est appuyée sur les art. 283, 290 et 292; le juge dissident était d'avis qu'aucun de ces articles ne permet de confirmer les déclarations de culpabilité.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

Puisque l'appelant se pourvoit de plein droit en vertu de l'al. 618(1)*a*) et qu'il suffit pour prononcer une déclaration de culpabilité de constater qu'il y a eu vol selon l'un ou l'autre des art. 283, 290 et 292, le pourvoi doit être rejeté en l'absence d'une dissidence sur une question de droit relativement à l'un ou l'autre de ces articles. La dissidence avec la conclusion de la Cour d'appel quant au vol en vertu de l'art. 292 ne porte pas sur une question de droit mais sur une question de fait. Les divergences d'opinion portaient sur la question de savoir s'il y avait une preuve que les sommes ont été

modity or service" and whether there was evidence that appellant knew that he was applying money for purposes contrary to his clients' directions. There was evidence on which a finding of direction could be reasonably made.

The convictions under s. 292 were not the result of an error of law. While expectations standing alone do not amount to a direction, expectations known to the recipient of money as a result of "express instructions" are directions.

*R. v. Hall*, [1972] 2 All E.R. 1009; *R. v. Geddes* (1979), 52 C.C.C. (2d) 231, referred to.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1981), 15 C.C.C. (2d) 1, 15 Alta. L.R. (2d) 250, 27 A.R. 91, upholding convictions for theft pronounced by Feehan P.C.J. Appeal dismissed.

*T. C. Semenuk*, for the appellant.

*D. McDonald*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—Appellant was convicted of eight counts of theft by a District Court Judge in Calgary. His convictions were upheld by the Alberta Court of Appeal, Moir J.A. dissenting.

## THE FACTS

The eight convictions of the appellant, a travel agent, for theft, were each in respect of money valued at more than $200, the property of eight named persons who were all clients of a travel agency.

The appellant was the principal shareholder and president of that travel agency, R.B. & C. Agencies Limited. The following statement of the relevant facts by McGillivray C.J.A. is not in dispute.

The company was incorporated in May of 1970 and functioned as a travel agency until about the middle of June, 1978. The other shareholders were the Appellant's wife and his daughter. The business was operated from rented premises by an office manager, a bookkeeper and Mrs. Lowden, who was an assistant to the bookkeeper. The Appellant did the banking on behalf of the company

versées «avec des instructions expresses de se procurer au nom [du ou des] client[s] un article ou un service déterminé» et s'il y avait une preuve que l'appelant savait qu'il affectait l'argent à des fins contraires aux instructions de ses clients. La preuve permet raisonnablement de conclure à l'existence d'instructions.

Les condamnations en vertu de l'art. 292 ne découlent pas d'une erreur de droit. Bien que des attentes, prises isolément, ne puissent équivaloir à des instructions, les attentes connues de la personne qui reçoit l'argent du fait de «directives expresses» sont des instructions.

Jurisprudence: *R. v. Hall*, [1972] 2 All E.R. 1009; *R. v. Geddes* (1979), 52 C.C.C. (2d) 231.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1981), 15 C.C.C. (2d) 1, 15 Alta. L.R (2d) 250, 27 A.R. 91, qui a confirmé les déclarations de culpabilité de vol prononcées par le juge Feehan de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

*T. C. Semenuk*, pour l'appelant.

*D. McDonald*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—L'appelant a été déclaré coupable sous huit chefs de vol par un juge de la Cour de district à Calgary. La Cour d'appel de l'Alberta a confirmé les déclarations de culpabilité, le juge Moir étant dissident.

## LES FAITS

Chacune des huit déclarations de culpabilité de vol prononcées contre l'appelant, un agent de voyages, concerne une somme d'argent de plus de $200 appartenant à huit personnes désignées, toutes des clients d'une agence de voyages.

L'appelant était le principal actionnaire et le président de cette agence de voyages, R.B. & C. Agencies Limited. L'exposé des faits pertinents établi par le juge en chef McGillivray de la Cour d'appel n'est pas contesté.

[TRADUCTION] La société a été constituée au mois de mai 1970 et a agi à titre d'agence de voyages jusque vers la mi-juin 1978. Les autres actionnaires étaient l'épouse de l'appelant et sa fille. L'entreprise était exploitée, dans un local loué, par un gérant de bureau, un comptable et M^me^ Lowden, qui était l'adjointe de ce dernier. L'appelant s'occupait des opérations bancaires de la société et

and had signing authority to issue cheques on the company's accounts.

The company operated three bank accounts—a trust account, a general account and a U.S. account. The so-called trust account was reserved for the purpose of receiving and paying out money for airline tickets. The so-called general account was used for the purpose of paying out moneys for tours, rent-a-car arrangements and hotel reservations, and the U.S. account was reserved for the purpose of receiving and paying out moneys in U.S. funds.

It is clear that the accounts, and in particular the trust account, were not designed for the specific purpose of separating moneys belonging to the company from moneys belonging to customers. As was mentioned, the company operated for a period of approximately eight years. It is to the accused's credit that while considerable volumes of business were done, increasing each year, at no time before June of 1978 did any of the agency's customers fail to get tickets or reservations which they had paid for. In 1975, sales amounted to nearly $300,000.00; this increased the next year to $597,000.00 and in 1977 to $841,000.00. The company books were at all times currently kept up and were meticulously accurate.

Evidence relating to financial reports showed that in 1975 the company lost close to $12,000.00; in 1976 close to $22,000.00; and in 1977, something over $23,000.00. In 1976 the Appellant had an outstanding shareholder's loan to the company of $47,000.00 odd. By 1978, that loan had increased to $77,000.00. Part of that shareholder's loan was secured by a second mortgage against the Appellant's house.

. . .

In 1978 the Appellant arranged for overdraft privileges at his bank of up to $10,000.00, but these privileges were cancelled when the company began being overdrawn and not having the money the next day to cover the overdrafts.

A bank account reconciliation by the company's bookkeeper showed that as of January 20, 1978, cheques written on the general account exceeded deposits by $11,669.50. The trust account was similarly overdrawn by $2,233.26, and the U.S. account by $1,037.85. A later reconciliation indicated that as of February 22, 1978, the general account was overdrawn by $11,796.28, and the U.S. account by $1,405.88, while in the trust account there remained a positive balance of $2,432.83.

After the February reconciliation the appellant directed that these monthly reports cease; he was more

avait le pouvoir de signer les chèques tirés sur le compte de la société.

La société avait trois comptes bancaires: un compte en fiducie, un compte courant et un compte américain. Le compte dit en fiducie servait uniquement au dépôt des sommes versées pour l'achat des billets d'avion et au paiement de ces billets. Le compte dit courant servait à payer les frais de voyages organisés, les réservations de location d'autos et d'hôtel, et le compte américain servait uniquement au dépôt et au paiement des sommes en devises américaines.

Il est évident que les comptes bancaires, et en particulier le compte en fiducie, n'avaient pas pour objet précis de séparer les sommes appartenant à la société de celles appartenant aux clients. Comme je l'ai dit, la société a été exploitée pendant environ huit ans. Il faut souligner au crédit de l'accusé que, alors qu'il avait un volume d'affaires important et croissant chaque année, jamais avant le mois de juin 1978 un client de la société n'a été frustré des billets ou des réservations qu'il avait payés. En 1975, les ventes se sont chiffrées à près de $300,000; elles se sont accrues l'année suivante à $597,000 et en 1977 à $841,000. En tout temps, les livres de la société étaient tenus à jour et étaient méticuleusement précis.

La preuve concernant les rapports financiers indique qu'en 1975, la société a perdu près de $12,000; en 1976, près de $22,000; et en 1977, plus de $23,000. En 1976, l'appelant avait en tant qu'actionnaire consenti un prêt d'environ $47,000 à la société. En 1978, ce prêt avait atteint $77,000. Pour garantir en partie cet emprunt, l'appelant avait consenti une deuxième hypothèque sur sa maison.

. . .

En 1978, l'appelant a obtenu de sa banque un crédit à découvert jusqu'à $10,000, mais ces crédits ont été annulés lorsque la société a commencé à tirer à découvert sans avoir les fonds le lendemain pour couvrir le découvert.

Un apurement du compte bancaire établi par le comptable de la société a indiqué que le 20 janvier 1978, les chèques tirés sur le compte courant excédaient de $11,669.50 les dépôts. Le compte en fiducie était également à découvert de $2,233.26, et le compte américain de $1,037.85. Un apurement ultérieur a révélé que le 22 février 1978, le compte courant était à découvert de $11,796.28 et le compte américain de $1,405.88, alors que le compte en fiducie indiquait un crédit de $2,432.83.

Après l'apurement du mois de février, l'appelant a demandé qu'on cesse d'établir ces rapports mensuels; il

interested in the amount of funds on deposit from day to day at the bank than in the total overdraft picture.

. . .

From May until approximately the middle of June, the company was in a very difficult financial position, with a great deal of pressure for payment from every side.

. . .

It further appears that from February 1978 on, by which time the accounts were generally in an overdraft position, (that is, there were more cheques outstanding than there was money in the accounts), that the Appellant determined which cheques of those outstanding, the bank should honour. Loretta Ann McMillan, an employee of the Bank of Nova Scotia gave this evidence:

Q. All right, and were there other cheques in the group that went in with the $2,000 cheque?

A. Yes, there was.

Q. What happened to those other cheques?

A. The $404 which made up the other cheques in the group were returned.

Q. For what reason?

A. Non-sufficient funds.

Q. Can you tell me why the $2,000 would go through and the other cheques totalling $404 would not go through?

A. Well, when R.B. & C. Travel Agencies account was overdrawn, the next morning when Mr. Lowden came in he would put in enough money to cover certain cheques and they were the ones that got paid and the rest were returned.

Q. Who would decide which cheques would be paid and which ones would be returned?

A. Mr. Lowden did.

Q. Can you tell us when N.S.F. cheques were started in 1978 with respect to the statements of account?

A. In February.

Q. And did they continue from that time on?

A. Yes, they did.

The cheque, exhibit 38, referred to in McMillan's evidence, was dated June 13, 1978. It was for $2,000.00 and the payee was the Appellant. It was cashed by the bank rather than other cheques, on the direction of the Appellant. The proceeds were handed to the Appellant in cash.

The eight counts before the Court arise out of similar circumstances: It will be sufficient for illustration pur-

portait plus d'intérêt aux montants déposés quotidiennement à la banque qu'au découvert total.

. . .

Du mois de mai jusque vers la mi-juin, la situation financière de la société était très mauvaise, et les demandes urgentes de paiements venaient de partout.

. . .

Il apparaît en outre qu'à compter du mois de février 1978, époque à laquelle les comptes étaient en général à découvert, (c'est-à-dire qu'il y avait plus de chèques à payer qu'il n'y avait d'argent dans les comptes bancaires), l'appelant a décidé quels chèques la banque devait payer. Loretta Ann McMillan, une employée de la Banque de Nouvelle-Ecosse, a dit dans son témoignage:

Q. Y avait-il d'autres chèques dans le groupe qui est entré avec le chèque de $2000?

R. Oui, il y en avait.

Q. Qu'est-il advenu de ces autres chèques?

R. Les autres chèques totalisant $404 ont été retournés.

Q. Pour quelle raison?

R. Provisions insuffisantes.

Q. Pouvez-vous me dire pourquoi le chèque de $2,000 a été payé et les autres chèques totalisant $404 ne l'ont pas été?

R. Bien, lorsque le compte de R.B. & C. Travel Agencies était à découvert, M. Lowden venait le lendemain et déposait assez d'argent pour payer certains chèques; ces chèques étaient payés et les autres étaient retournés.

Q. Qui décidait des chèques à payer et des chèques à retourner?

R. M. Lowden.

Q. Pouvez-vous nous dire quand en 1978 ont commencé les chèques sans provisions relativement aux relevés de compte?

R. En février.

Q. Et est-ce que ça a continué ensuite?

R. Oui.

Le chèque, la pièce 38, mentionné dans le témoignage de McMillan était en date du 13 juin 1978. C'était un chèque de $2,000 fait à l'ordre de l'appelant. Il a été encaissé par la banque au lieu d'autres chèques, suivant les directives de l'appelant. La somme a été remise à l'appelant en espèces.

Les huit chefs d'accusation devant la Cour découlent de circonstances analogues. Pour les illustrer, il suffit de

poses to review the facts which gave rise to Counts #1, 2 and 3. These counts relate to the Perrys'.

On January 27th, 1978, Noreen Perry attended at the offices of R.B. & C. Agencies Limited and booked a European tour for herself and her husband, with a departure date of July 29th, 1978. She deposited $100.00. On February 2nd she returned and booked two tours for her son and daughter, paying a $200.00 deposit. Those deposits were duly paid by R.B. & C. Agencies Limited to hold the reservations. Later, the daughter sent to Mrs. Perry a cheque dated May 15, 1978 in the sum of $1,044.00. Mrs. Perry turned that over to the agency on May 24th, 1978. The cheque, payable to Mrs. Perry although, apparently not endorsed, was deposited to the company's bank account on May 25th, 1978. Mrs. Perry's son sent her a bank draft which was turned over to the company on May 25th, 1978. It appears that the proceeds of this draft also went into the company's bank account. Finally, Mrs. Perry turned over to the company her own cheque for $266.00 and her husband's cheque in the amount of $260.00. Her cheque was dated June 9th and her husband's cheque was dated June 7th. They were both deposited to the company's account on June 12th, 1978.

It appears that cheques were drawn on behalf of the company to cover the payments entitled to be made on behalf of the Perrys', but the cheques were never signed.

At the end of June, 1978, Mrs. Perry returned to the offices of R.B. & C. Agencies Limited to pick up the tickets, only to find the premises closed. She and her husband never took their tour. The $100.00 deposit was transferred to the credit of the son's and daughter's tour. The balance owing on the latter tours—the sum of $1,980.00 was paid by the Perrys' directly to the tour operator. The operator's representative testified at trial that only the $300.00 in deposits was ever received from the appellant's agency.

As I have mentioned above, the circumstances leading up to the other five counts were similar, each involving a payment to the company in May or June of 1978 for travel arrangements, be they transportation or accommodation or both, and a deposit by the Appellant to the company's bank account. In all cases the arrangements were not made by R.B. & C., and the complainant either had to pay the operator directly, or to forego his travel plans. All complainants were reimbursed by the Appellant after the preliminary inquiry in this matter.

passer en revue les faits à l'origine des chefs d'accusation nos 1, 2 et 3. Ces chefs d'accusation concernent les Perry.

Le 27 janvier 1978, Noreen Perry s'est présentée au bureau de R.B. & C. Agencies Limited et a fait des réservations pour un voyage en Europe pour elle-même et son mari, le départ étant prévu pour le 29 juillet 1978. Elle a versé $100 de dépôt. Elle y est retournée le 2 février et a réservé deux voyages pour son fils et sa fille, en versant un dépôt de $200. Ces dépôts ont été dûment versés par R.B. & C. Agencies Limited pour faire des réservations. Ultérieurement, la fille a fait parvenir à Mme Perry un chèque en date du 15 mai 1978 au montant de $1,044. Le 24 mai 1978, Mme Perry a remis ce chèque à l'agence. Le chèque, bien que payable à l'ordre de Mme Perry, n'a apparemment pas été endossé et a été déposé au compte bancaire de la société le 25 mai 1978. Le fils de Mme Perry lui a fait parvenir une traite bancaire qui a été remise à la société le 25 mai 1978. Il appert que le montant de cette traite a également été versé au compte bancaire de la société. Enfin, Mme Perry a fait parvenir à la société son propre chèque au montant de $266 et le chèque de son mari au montant de $260. Son chèque était daté du 9 juin, et celui de son mari portait la date du 7 juin. Ces deux chèques ont été déposés au compte de la société le 12 juin 1978.

Il appert que des chèques ont été tirés au nom de la société pour les paiements qui devaient être faits au nom des Perry, mais les chèques n'ont jamais été signés.

A la fin du mois de juin 1978, Mme Perry est retournée au bureau de R.B. & C. Agencies Limited pour prendre les billets et a constaté que les bureaux étaient fermés. Elle et son mari n'ont jamais fait leur voyage. Le dépôt de $100 a été versé au crédit du voyage du fils et de la fille. Le solde à payer pour les voyages de ces derniers, soit la somme de $1,980, a été payé par les Perry directement aux organisateurs des voyages. Le représentant des organisateurs a témoigné au procès qu'ils n'avaient reçu de l'agence de l'appelant que la somme de $300 versée en dépôt.

Comme je l'ai déjà mentionné, les circonstances à l'origine des cinq autres chefs d'accusation sont analogues; dans chaque cas, il y a eu paiement fait à la société aux mois de mai ou juin 1978 pour des voyages, qu'il s'agisse du transport, du logement ou des deux, et il y a eu un dépôt fait par l'appelant au compte bancaire de la société. Dans tous les cas, R.B. & C. n'a pas fait les réservations, et le plaignant a dû soit payer directement à l'organisateur, soit renoncer à son voyage. L'appelant a remboursé tous les plaignants après l'enquête préliminaire en l'espèce.

Appellant comes to this Court as of right under s. 618(1)(*a*) of the *Criminal Code*.

**618.** (1) A person who is convicted of an indictable offence 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, or

. . .

Theft is an indictable offence by virtue of s. 294 of the *Criminal Code*.

**294.** Except where otherwise provided by law, every one who commits theft

(*a*) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years, where the property stolen is a testamentary instrument or where the value of what is stolen exceeds two hundred dollars; or

(*b*) is guilty

(i) of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years, or

(ii) of an offence punishable on summary conviction,

where the value of what is stolen does not exceed two hundred dollars.

There are various ways of committing theft, three of which are found at ss. 283, 290 and 292 of the *Code*.

The indictment referred only to the unlawful stealing of money under s. 294(*a*) and did not specify upon which substantive definitional section or sections the Crown predicated its allegation of "unlawful stealing".

The trial judge predicated his finding of theft under s. 283 of the *Code*.

McGillivray C.J.A. and Brennan J. (*ad hoc*) of the Court of Appeal upheld the convictions, but found theft by the appellant also under ss. 290 and 292 of the *Code*. Moir J.A., dissenting, was of the view that the convictions could not stand on any of these three sections, and one can reasonably assume, as implicit in his conclusion that an acquittal should be entered, that he was of the view that the requirements of no other theft section of the *Code* had been satisfied.

L'appelant se pourvoit de plein droit devant cette Cour en vertu de l'al. 618(1)*a*) du *Code criminel*.

**618.** (1) La personne déclarée coupable d'un acte criminel 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, ou

. . .

Selon l'art. 294 du *Code criminel*, le vol est un acte criminel.

**294.** Sauf disposition contraire des lois, quiconque commet un vol

*a*) est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans, si le bien volé est un titre testamentaire ou si la valeur de ce qui est volé dépasse deux cents dollars; ou

*b*) est coupable

(i) d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, ou

(ii) d'une infractin punissable sur déclaration sommaire de culpabilité,

si la valeur de ce qui est volé ne dépasse pas deux cents dollars.

Il y a diverses façons de commettre un vol, et les art. 283, 290 et 292 du *Code* en indiquent entre autres trois.

L'acte d'accusation mentionne seulement le vol illégal d'argent en vertu de l'al. 294*a*) et ne précise pas sur quel ou quels articles qui donnent une définition du vol la poursuite appuie son allégation de «vol illégal».

Le juge du procès a appuyé ses conclusions de vol sur l'art. 283 du *Code*.

Le juge en chef McGillivray et le juge Brennan (juge *ad hoc*) de la Cour d'appel ont maintenu les déclarations de culpabilité, mais ont conclu que l'appelant avait aussi commis un vol en vertu des art. 290 et 292 du *Code*. Le juge Moir, dissident, était d'avis qu'on ne pouvait maintenir les déclarations de culpabilité en vertu de l'un ou l'autre de ces trois articles, et on peut raisonnablement déduire de sa conclusion qu'il y a lieu de prononcer l'acquittement et qu'à son avis, les conditions d'aucun autre article du *Code* concernant le vol n'avaient été remplies.

Two observations must then be made before considering the facts giving rise to the prosecution and the judgments below.

First, in determining whether the accused was properly convicted, this Court can only consider and determine, for the purpose of giving corrective effect if error is found, questions of law on which Moir J.A. dissented. In the absence of any such dissent, the appeal will be quashed as the Court would be without jurisdiction, there being no question of law upon which to rest the right of appeal.

Secondly, as it is sufficient for a conviction to be entered that theft be found under any one of the definitional theft sections in the *Code*, the appeal will be dismissed if, as regards the application of any one of those sections, this Court finds no dissent on a question of law.

Though I find dissent on a question of law by Moir J.A. as regards ss. 283 and 290, I would nevertheless dismiss this appeal, as I am of the view that Moir J.A.'s disagreement with the Court of Appeal's finding of theft under s. 292 of the *Code* was not a disagreement on a question of law, but one on a question of fact.

We, therefore, need not consider this appeal as regards ss. 283 and 290, and I shall limit reference to the pronouncements below and the findings of facts to those related to the alleged error of law the object of Moir J.A.'s alleged dissent as regards s. 292, which appellant reformulated at the hearing before this Court as follows:

With respect to s. 292 of the Criminal Code—Did the Court of Appeal of Alberta err in law in holding that there need not be any "specific direction", either orally or in writing, by the person paying the money (i.e. customer) to the person receiving it (i.e. Appellant) as to the purpose for which the money is to be used?

Section 292 reads:

**292.** (1) Every one commits theft who, having received, either solely or jointly with another person, money or valuable security or a power of attorney for

Deux remarques s'imposent avant l'examen des faits qui ont donné lieu à la poursuite et aux décisions des cours d'instance inférieure.

Premièrement, pour décider si l'accusé a été déclaré coupable à bon droit, cette Cour ne peut examiner et trancher, pour remédier s'il y a lieu aux erreurs constatées, que les questions de droit sur lesquelles le juge Moir a exprimé sa dissidence. S'il n'y avait pas cette dissidence, cette Cour devrait annuler le pourvoi puisqu'elle n'aurait pas compétence car il n'y aurait aucune question de droit pouvant fonder le droit d'appel.

Deuxièmement, comme il suffit pour prononcer une déclaration de culpabilité qu'on constate qu'il y a eu vol selon l'un ou l'autre des articles du *Code* qui définit le vol, le pourvoi sera rejeté si cette Cour conclut, relativement à l'application de l'un ou l'autre de ces articles, qu'il n'y a pas eu dissidence sur une question de droit.

Bien que je conclue que le juge Moir a exprimé une opinion dissidente sur une question de droit relativement aux art. 283 et 290, je suis néanmoins d'avis de rejeter le présent pourvoi parce que j'estime que le désaccord du juge Moir avec la conclusion de la Cour d'appel quant au vol en vertu de l'art. 292 du *Code* ne porte pas sur une question de droit mais sur une question de fait.

En conséquence, nous n'avons pas à envisager ce pourvoi en regard des art. 283 et 290, et je limiterai les mentions des décisions des cours d'instance inférieure et des constatations de fait à celles qui se rapportent à l'erreur de droit alléguée sur laquelle porte la dissidence alléguée du juge Moir concernant l'art. 292; l'appelant l'a reformulée comme suit à l'audience devant cette Cour:

[TRADUCTION] Relativement à l'art. 292 du Code criminel—La Cour d'appel de l'Alberta a-t-elle commis une erreur de droit en concluant qu'il n'est pas nécessaire que la personne qui paie l'argent (c.-à-d. le client) donne des «instructions précises», soit oralement soit par écrit, à la personne qui le reçoit (c.-à-d. l'appelant) relativement à la fin à laquelle l'argent doit être affecté?

L'article 292 se lit:

**292.** (1) Commet un vol quiconque, ayant reçu, soit seul, soit conjointement avec une autre personne, de l'argent ou une valeur ou une procuration l'autorisant à

the sale of real or personal property, with a direction that the money or a part of it, or the proceeds of a part of the proceeds of the security or the property shall be applied to a purpose or paid to a person specified in the direction, fraudulently and contrary to the direction applies to any other purpose or pays to any other person the money or proceeds or any part of it.

(2) This section does not apply where a person who receives anything mentioned in subsection (1) and the person from whom he receives it deal with each other on such terms that all money paid to the former would, in the absence of any such direction, be properly treated as an item in a debtor and creditor account between them, unless the direction is in writing.

We need not consider subs. 2 as it is common ground that Moir J.A. did not dissent in law but that he found that it had no application to the present case.

A reading of Moir J.A.'s opinion might, at first sight, suggest that he disagrees with the majority on a question of law. However, with respect, the disagreement in law that appellant alleges would, in any event be the result of a wrongful assessment by Moir J.A. of what the majority found as a matter of fact. Moir J.A. very clearly and accurately sets out the law under s. 292 as follows:

I think I should explain how I see s. 292 operating. If, in the circumstances of the case, there is a debtor-creditor relationship between the parties to a transaction, before there can be a conviction the direction must be in writing. If there is no debtor-creditor relationship, it is incumbent upon the Crown to prove a direction. That direction must be proven beyond a reasonable doubt.

In this case it is said that as between the travel agency and the customer there is not a debtor-creditor relationship. That does not do away with the need of a direction, it only does away with the direction being in writing. Section 292 requires a direction as the words state "a direction that the money or a part of it . . . be applied to a purpose or paid to a person specified in the direction".

The conclusion that I have reached is fully supported by the judgment of the Court of Appeal of Ontario in R. v. Brown (1956) 116 C.C.C. 112 and by numerous other Canadian cases.

vendre des biens meubles ou immeubles, avec instructions d'affecter à une fin ou de verser à une personne que spécifient les instructions la totalité ou une partie de cet argent ou la totalité ou une partie du produit de la valeur ou des biens, frauduleusement et en violation des instructions reçues affecte à une autre fin ou verse à une autre personne l'argent ou le produit, ou toute partie de cet argent ou de ce produit.

(2) Le présent article ne s'applique pas lorsqu'une personne qui reçoit une chose mentionnée au paragraphe (1) et celle de qui elle la reçoit traitent l'une avec l'autre de telle manière que tout argent versé à la première serait, en l'absence de telles instructions, régulièrement traité comme un article d'un compte, par doit et avoir, entre elles, à moins que les instructions ne soient données par écrit.

Il ne nous est pas nécessaire d'examiner le par. 2 puisqu'il est admis que le juge Moir n'est pas dissident en droit mais qu'il a conclu que ce paragraphe ne s'appliquait pas à l'espèce.

A première vue, la lecture des motifs du juge Moir peut laisser croire qu'il n'est pas d'accord avec la majorité sur une question de droit. Avec égards, cependant, le désaccord en droit qu'allègue l'appelant serait, en tout état de cause, le résultat d'une évaluation erronée faite par le juge Moir de ce que la majorité a constaté en tant que fait. Le juge Moir énonce très clairement et précisément le principe de l'art. 292 de la façon suivante:

[TRADUCTION] Je crois devoir expliquer comment, à mon avis, s'applique l'art. 292. S'il y a, dans les circonstances de l'espèce, un lien de débiteur à créancier entre les parties à l'opération, il faut des instructions écrites pour qu'il puisse y avoir une déclaration de culpabilité. S'il n'y a pas de lien de débiteur à créancier, il incombe à la poursuite de faire la preuve des instructions. Ces instructions doivent être établies hors de tout doute raisonnable.

En l'espèce, on dit qu'il n'y a pas de lien de débiteur à créancier entre l'agence de voyages et le client. Cela n'élimine pas la nécessité des instructions, seule la nécessité d'instructions écrites disparaît. Suivant ses termes, l'art. 292 exige des «instructions d'affecter à une fin ou de verser à une personne que spécifient les instructions la totalité ou une partie de cet argent».

La conclusion à laquelle j'en viens est entièrement conforté par l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario R. v. Brown (1956) 116 C.C.C. 112 et sur de nombreuses autres décisions canadiennes.

In my respectful opinion to rely upon s. 292 of the Criminal Code it must be shown in the evidence that there was a direction to the agency to keep the money and to pay it only for the purpose set out in the direction. There is no such evidence and the Crown's case fails for lack of proof of the required direction.

Speaking of the customers of the agency, he had previously mentioned that:

In this case it is said that the customers of the travel agency expected that the money would be used to buy tickets and for no other purpose. There is nothing in the evidence to support any such agreement or direction between the appellant and the customers. It is a conclusion said to be implicit in the relationship.

. . .

It is apparent that it is necessary to find ... a direction under s. 292 for the section to apply. The expectations of the customers are irrelevant. The money must have been paid on a direction and accepted on that direction for the accused to be criminally responsible. It is a question of contract or direction and not of expectation.

With Moir J.A.'s reading of the law, I agree.

With respect, I cannot, however, agree that there is no evidence upon which a finding of the existence of a direction could have been made, nor can I agree that the expectations of the customers are irrelevant, though I should add that expectations, standing alone, do not amount to a direction.

Moir J.A. was of the view that the majority had found that the customers' expectations, when considering what was implicit in their relations with the agency, were sufficient to involve the existence of a "direction" such as that contemplated under s. 292. Had that been the Court's finding I should agree with Moir J.A. that mere "expectations" on the part of persons, in the absence of proof of knowledge as to those expectations by the recipient of the things and of the recipient's knowledge of the understanding that the remittance of the things was solely for the fulfilment of those expectations cannot, as a matter of law, constitute "a direction"; such a finding by the Court of Appeal would have been an error in law upon which he

Avec égards, je suis d'avis que pour invoquer l'art. 292 du Code criminel, la preuve doit établir que l'agence avait reçu les instructions de conserver l'argent et de l'appliquer uniquement aux fins énoncées dans les instructions. Cette preuve n'a pas été faite et la poursuite échoue à cause de l'absence de preuve des instructions requises.

En parlant des clients de l'agence, il avait déjà mentionné:

[TRADUCTION] En l'espèce, on dit que les clients de l'agence de voyages s'attendaient à ce que l'argent soit employé à l'achat de billets et à aucune autre fin. Rien dans la preuve n'appuie un accord ou des instructions en ce sens entre l'appelant et les clients. C'est une conclusion qu'on prétend implicite dans le lien entre les parties.

. . .

Il est évident qu'il est nécessaire de trouver ... les instructions prévues à l'art. 292 pour que cet article s'applique. Les attentes des clients ne sont pas pertinentes. Pour que l'accusé soit criminellement responsable, l'argent doit avoir été payé selon des instructions et accepté selon ces instructions. C'est une question de contrat ou d'instructions, et non d'attente.

Je souscris à cette interprétation du droit exprimée par le juge Moir.

Avec égards, cependant, je ne puis être d'accord avec la proposition qu'il n'y a pas de preuve permettant de conclure à l'existence d'instructions, pas plus que je n'estime que les attentes des clients ne sont pas pertinentes, même si je dois ajouter que les attentes, envisagées isolément, n'équivalent pas à des instructions.

Le juge Moir est d'avis que, selon la majorité, les attentes des clients, lorsqu'on examine ce qui était implicite dans leurs rapports avec l'agence, suffisaient à créer des «instructions» de la nature de celles qu'envisage l'art. 292. Si c'était là la conclusion de la Cour, je serais d'accord avec le juge Moir que de simples «attentes» chez des personnes, si l'on n'a pas fait la preuve que la personne qui reçoit les biens connaît cette attente et qu'elle reconnaît que la remise de ces biens vise uniquement à combler ces attentes, ne peuvent, en droit, constituer des «instructions»; une conclusion de la Cour d'appel en ce sens constituerait une erreur de droit sur laquelle il serait dissident. Mais, comme je l'ai dit, ce n'est pas le cas. Le juge

had dissented. But, as I said, such is not the case. McGillivray C.J.A. and Brennan J. (*ad hoc*) concurring had said:

To my mind, the paying of money to a travel agency for a particular trip on a particular date with a carrier flying regularly, or the payment of money for a particular reservation with a particular hotel for a particular period, creates more than a simple debtor and creditor relationship. To my mind, it is implicit that the agent is either expected to get the ticket or to return the money. In my view it is not a case that if an airline flight was cancelled, the agent would be liable in damages. It seems clear to me that the public would understand that the agent was going to use the money to make the booking. If the flight was cancelled, it would not be the responsibility of the agent. It would have done its full duty to the client, and it would be expected that the money would be returned by the airline. [My underlining.]

The Chief Justice, when referring to what was "implicit", was dealing with the fact that there was more than just a debtor-creditor relationship. He was in no way suggesting that what the client expected as implicit in the relationship constituted "a direction". In support of his finding the existence of a direction one must not overlook, in addition to the finding of those expectations, findings that, as a matter of fact, appellant had been given and had "accepted" the money for the clear purpose of satisfying those expectations, his having full knowledge of those expectations, they having been conveyed to him "express[ly]", and that through his conduct he dealt with the money in such a manner as to defeat the purpose.

Witness the following passages of the Chief Justice's opinion. Commenting on the facts in *R. v. Hall*, [1972] 2 All E.R. 1009, he said:

This is not, in my view, the same as accepting money for the purpose of obtaining a ticket on a scheduled airline flight on a particular day and at a particular time, which is what occurred in the case at bar. [My underlining.]

And comparing the facts in *R. v. Geddes* (1979), 52 C.C.C. (2d) 231, to those of the case at bar, he said:

... they are both cases of a customer advancing funds to a businessman with the express instruction to acquire,

en chef McGillivray, aux motifs duquel a souscrit le juge Brennan (juge *ad hoc*), a dit:

[TRADUCTION] A mon avis, le paiement d'une somme d'argent à une agence de voyages pour un voyage déterminé, à une date précise, sur un vol régulier, ou le paiement d'une somme d'argent pour une réservation précise dans un hôtel déterminé pour une époque donnée crée plus qu'une simple relation de débiteur à créancier. A mon avis, il est implicite qu'on s'attend à ce que l'agent obtienne le billet ou qu'il rende l'argent. J'estime que ce n'est pas un cas où, si un vol aérien était annulé, l'agent serait responsable en dommages. Il me paraît évident que le public comprendra que l'agent allait affecter l'argent à la réservation. Si le vol est annulé, l'agent n'en est pas responsable. Il s'est acquitté pleinement de son obligation envers le client, et on doit s'attendre à ce que la société aérienne rende l'argent. [C'est moi qui souligne.]

Le Juge en chef, en parlant de ce qui est «implicite» traitait du fait qu'il y avait plus qu'une simple relation de débiteur à créancier. Il n'a nullement suggéré que ce que le client attendait implicitement de la relation constituait des «instructions». Pour appuyer sa conclusion qu'il existait des instructions, on ne peut passer sous silence, outre la constatation de ces attentes, qu'en fait, l'appelant a reçu et a «accepté» l'argent qui lui était confié dans le but évident de combler ces attentes, en toute connaissance de ces attentes qui lui ont été communiquées de façon «expresse», et que par ses agissements, il a employé l'argent de façon contraire à la fin à laquelle il était destiné.

Les passages suivants des motifs du Juge en chef en témoignent. Dans ses remarques concernant les faits dans l'affaire *R. v. Hall*, [1972] 2 All E.R. 1009, il a dit:

[TRADUCTION] A mon avis, ce n'est pas la même chose qu'accepter de l'argent aux fins de se procurer un billet pour un vol régulier à une date et à une heure précise, ce qui est le cas en l'espèce. [C'est moi qui souligne.]

Et, comparant les faits dans l'affaire *R. v. Geddes* (1979), 52 C.C.C. (2d) 231 à ceux de l'espèce, il a dit:

[TRADUCTION] ... il s'agit dans les deux cas d'un client qui avance des fonds à un homme d'affaires avec des

on behalf of that customer, a specified commodity or service. [My underlining.]

It is upon those findings of fact, coupled to that of the "expectations" that McGillivray C.J.A. then concluded that:

With regard to Section 292, it is clear to me that when the customer paid his money for tickets, this was tantamount to a direction that the money be applied to a purpose or paid to a person specified in the direction. Again the appellant did not carry out that mandate. Subsection (2) of Section 292, a saving section, has in my opinion, no application. [My underlining.]

And finally,

On this evidence, it is clear that the Appellant knew he was applying money for purposes contrary to his clients' directions. [My underlining.]

In my respectful view the differences of opinion between Moir J.A. and the majority were as to whether there was evidence that the funds were advanced "with the express instruction to acquire on behalf of [the] customer[s] a specified commodity or service" and whether there was evidence whether "appellant knew he was applying money for purposes contrary to his clients' directions"; those are not, though they may appear to be so, disagreements on a question of law, except to the extent one could say that Moir J.A. was of the view that, as a matter of law, there was no evidence whatsoever upon which to predicate such a finding. I do not think that that was his position but, if such were the case, I could not agree. A reading of the record satisfies me that there was some evidence upon which the finding of the existence of a direction could reasonably be made.

As I would not, however, want it to be thought that the convictions under s. 292 were the result of an error of law and are left undisturbed in this Court solely because the absence of a dissent on that question of law (the prerequisite appellant chose to meet when coming to this Court through s. 618(1)(*a*)) left the matter beyond our reach, I should like to add the following: had leave been asked and granted, even at large, I would have been of the view that the majority of the Court of

instructions expresses de se procurer, au nom de ce client, un article ou un service déterminés. [C'est moi qui souligne.]

C'est à partir de ces constatations de fait, jointes à celle concernant les «attentes», que le juge en chef McGillivray a alors conclu:

[TRADUCTION] En ce qui a trait à l'article 292, il me paraît évident que lorsque le client a versé l'argent pour les billets, cela équivalait à des instructions que l'argent soit affecté à une fin ou versé à une personne que spécifient les instructions. Là encore, l'appelant n'a pas exécuté ce mandat. A mon avis, le pararagraphe (2) de l'article 292 qui est une disposition limitative, ne s'applique pas. [C'est moi qui souligne.]

Et enfin,

[TRADUCTION] Vu la preuve il est évident que l'appelant savait qu'il affectait l'argent à des fins contraires aux instructions de ses clients. [C'est moi qui souligne.]

Avec égards, je suis d'avis que les divergences d'opinion entre le juge Moir et les juges formant la majorité portaient sur la question de savoir s'il y avait une preuve que les sommes ont été versées «avec des instructions expresses de se procurer au nom [du ou des] client[s] un article ou un service déterminé» et s'il y avait une preuve que «l'appelant savait qu'il affectait l'argent à des fins contraires aux instructions de ses clients»; il ne s'agit pas là, même si cela peut paraître le cas, de divergences sur une question de droit, sauf dans la mesure où l'on pourrait dire que le juge Moir était d'avis qu'en droit, il n'y avait aucune preuve à l'appui de ces conclusions. Je ne crois pas qu'il se soit prononcé en ce sens mais, si c'était le cas, je ne partage pas son opinion. Je suis convaincu, à l'examen du dossier, que certains éléments de preuve permettaient raisonnablement de conclure à l'existence d'instructions.

Cependant, comme je ne veux pas que l'on croie que les condamnations en vertu de l'art. 292 découlent d'une erreur de droit que cette Cour n'a pas corrigée uniquement parce que l'absence d'une dissidence de droit sur cette question (une exigence que l'appelant a choisi de satisfaire en invoquant l'al. 618(1)*a*) devant cette Cour) ne lui a pas permis d'examiner ce point, je tiens à ajouter ce qui suit: si une permission d'appeler, même générale, avait été demandée et accordée, j'aurais été

Appeal committed no error of law as regards what is a direction under s. 292.

Expectations, standing alone, are not directions, but when known by the recipient of the money (or thing), they may, given the proper setting, be "tantamount to a direction". Expectations known to the recipient of the money as a result of "express instructions", as was found in the Court of Appeal, are directions. It is not, in my view, necessary that the recipient be further told expressly what not to do with the money for the direction to exist, or again what to do with the money if the expectations cannot be met; this may, as found by the Court of Appeal, be implicit as a result of the nature of the relationship.

The appeal should be dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: MacPherson & Associates, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: P. J. McIntyre, Calgary.*

d'avis que la majorité en Cour d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en ce qui concerne la définition des instructions au sens de l'art. 292.

Prises isolément, des attentes ne sont pas des instructions, mais lorsque la personne qui reçoit l'argent (ou la chose) les connaît, ces attentes peuvent, dans les circonstances appropriées, «équivaloir à des instructions». Les attentes connues de la personne qui reçoit l'argent du fait de «directives expresses», comme l'a conclu la Cour d'appel, sont des instructions. A mon avis, pour qu'il y ait des instructions, il n'est pas nécessaire de dire de façon expresse à la personne qui reçoit l'argent ce qu'il ne faut pas en faire, ou encore ce qu'il faut en faire s'il ne peut combler les attentes; suivant les conclusions de la Cour d'appel, cela peut être implicite en raison de la nature des relations entre les parties.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant: MacPherson & Associés, Calgary.*

*Procureur de l'intimée: P. J. McIntyre, Calgary.*

**Public Service Alliance of Canada** *Appellant*;

and

**Chief Lawrence Francis, Benny Roundpoint, John Sharrow, William Francis, Gerald Sharrow, Francis Sam, Angus Mitchell, Mike Adams, James Lazore, Louis Sunday, Jake Adams, being all Councillors of the St. Regis Indian Band, and of the Cornwall Island or St. Regis Indian Reserve set aside for the said Band** *Respondents*;

and

**The Canada Labour Relations Board** *Intervener.*

File No.: 16191.

1981: November 26, 30; 1982: August 9.

Present: Martland, Ritchie, Dickson, Estey and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Labour relations — Certification — Employer — Canada Labour Relations Board — Jurisdiction — Whether Indian Band Council and employer within meaning of Canada Labour Code — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1 [as amended by 1972 (Can.), c. 18], ss. 107(1), 118(p) — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 74, 81 — Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 27(7).*

The Canada Labour Relations Board dismissed respondents' application to review and rescind a certification order certifying the appellant as the bargaining agent to a unit of employees of the St. Regis Band Council. The Federal Court of Appeal, however, allowed respondents' appeal and set aside the certification order on the ground that the Band Council was not an "employer" within the meaning of s. 107(1) of the *Canada Labour Code*, in that the Band Council was not a "person". Hence, the present appeal.

*Held*: The appeal should be allowed.

The lack of corporate status does not prevent a body from being an employer under the Code. The Band Council—a designated body of persons—is a creature of the *Indian Act*. It is given power to enact by-laws for the

**L'Alliance de la Fonction publique du Canada** *Appelante*;

et

**Le chef Lawrence Francis, Benny Roundpoint, John Sharrow, William Francis, Gerald Sharrow, Francis Sam, Angus Mitchell, Mike Adams, James Lazore, Louis Sunday, Jake Adams, étant tous conseillers de la bande indienne de Saint-Regis, des réserves indiennes de l'île de Cornwall ou de Saint-Régis réservées à l'usage de ladite bande** *Intimés*;

et

**Le Conseil canadien des relations du travail** *Intervenant.*

N° du greffe: 16191.

1981: 26 et 30 novembre; 1982: 9 août.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Dickson, Estey et Chouinard.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Relations de travail — Accréditation — Employeur — Conseil canadien des relations du travail — Compétence — Le conseil de la bande indienne est-il un employeur au sens du Code canadien du travail? — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1 [modifié par 1972 (Can.), chap. 18], art. 107(1), 118p) — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 74, 81 — Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 27(7).*

Le Conseil canadien des relations du travail a rejeté la demande des intimés visant à l'examen et à l'annulation d'une ordonnance qui accréditait l'appelante à titre d'agent négociateur d'un groupe d'employés du conseil de bande de Saint-Régis. Cependant, la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel des intimés et a annulé l'ordonnance de certification pour le motif que le conseil de bande n'est pas un «employeur» au sens du par. 107(1) du *Code canadien du travail*, puisque le conseil de bande n'est pas une «personne». D'où le pourvoi à cette Cour.

*Arrêt*: Le pourvoi est accueilli.

L'absence de personnalité morale n'empêche pas un organisme d'être un employeur au sens du Code. Le conseil de bande, un groupe de personnes désigné, a été créé par la *Loi sur les Indiens*. Il a reçu le pouvoir

enforcement of which it is necessary to employ staff. Here, the Council did engage employees and paid them. These circumstances, for the purpose of the Code, showed that the Council could properly be considered to be an employer within the meaning of that Act. Finally, it was for the Canada Labour Relations Board to decide whether the Band or the Council should be regarded as the employer and it did so.

*International Brotherhood of Teamsters v. Therien*, [1960] S.C.R. 265, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1981] 1 F.C. 225, setting aside a decision of the Canada Labour Relations Board (1978), 33 di 451, dismissing respondents' application for review of a certification order. Appeal allowed.

*L. M. Joyal, Q.C.*, and *G. H. Robichon*, for the appellant.

*James O'Reilly* and *William S. Grodinsky*, for the respondents.

*Y. A. G. Hynna*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—The appellant on or about September 30, 1971, applied, pursuant to the provisions of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1 ("the Code") as amended 1972 (Can.), c. 18, to the Canada Labour Relations Board ("the Board") for certification as the bargaining agent for a group of employees of the Iroquois St. Regis Band Council. Certification was granted.

On March 2, 1973, the appellant gave notice to Chief Lawrence Francis, St. Regis Band Council, to bargain. The respondents, the Chief and the Councillors of the St. Regis Indian Band, refused to recognize the jurisdiction of the Board but did co-operate in the holding of a hearing by the Board in respect of the appellant's request for an order to require the Council to bargain collectively. The Board issued such an order on March 8, 1974.

On March 21, 1974, the respondents applied, pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C.

d'établir des statuts et doit employer du personnel pour en assurer l'application. En l'espèce, le conseil de bande a embauché des employés et les a payés. Ces circonstances, pour les fins du Code, indiquent qu'on peut valablement dire que le conseil est un employeur au sens de cette loi. Enfin, il appartenait au Conseil canadien des relations du travail de décider qui, de la bande ou du conseil de bande, était l'employeur, et il l'a fait.

Jurisprudence: Arrêt mentionné: *International Brotherhood of Teamsters c. Therien*, [1960] R.C.S. 265.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1981] 1 C.F. 225, qui a annulé une décision du Conseil canadien des relations du travail (1978), 33 di 451, qui a rejeté une demande des intimés visant à l'examen d'une ordonnance d'accréditation. Pourvoi accueilli.

*L. M. Joyal, c.r.*, et *G.H. Robichon*, pour l'appelante.

*James O'Reilly* et *William S. Grodinsky*, pour les intimés.

*Y. A. G. Hynna*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour prononcé par

LE JUGE MARTLAND—Le 30 septembre 1971 ou vers cette date, l'appelante a demandé, conformément aux dispositions du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1 («le Code») modifié par 1972 (Can.), chap. 18, au Conseil canadien des relations du travail («le Conseil») d'être accréditée à titre d'agent négociateur d'un groupe d'employés du conseil de la bande d'Iroquois de Saint-Regis. L'accréditation a été accordée.

Le 2 mars 1973, l'appelante a donné au chef Lawrence Francis, du conseil de la bande de Saint-Regis, un avis de négociation. Les intimés, le chef et les conseillers de la bande indienne de Saint-Regis, ont refusé de reconnaître la juridiction du Conseil, mais ils ont collaboré à la tenue d'une audition du Conseil relativement à la demande de l'appelante en vue d'obtenir une ordonnance obligeant le conseil de bande à négocier collectivement. Le Conseil a délivré une ordonnance en ce sens le 8 mars 1974.

Le 21 mars 1974, les intimés ont demandé, conformément à l'art. 28 de la *Loi sur la Cour*

1970 (2nd Supp.), c. 10, to the Federal Court of Appeal to have this order of the Board set aside. This application, following a partial argument, was adjourned by consent, *sine die*, to enable the respondents to seek a re-hearing by the Board.

On December 17, 1974, the respondents applied to the Federal Court of Appeal to set aside the certification order.

On April 8, 1975, the respondents applied to the Board to re-hear the application for certification and to rescind the certification order. The respondents also applied to the Board to rescind the order to bargain collectively. On November 10, 1978, the Board dismissed the respondents' application.

The two section 28 applications then proceeded before the Federal Court of Appeal. On May 30, 1980, that Court, by a two to one decision, set aside both of the orders of the Board, [1981] 1 F.C. 225.

Up to and including the hearing by the Federal Court of Appeal the respondents' main ground of attack upon the Board's orders was that the labour relations in issue were not within federal legislative competence, that the Code did not apply to them and that, in consequence, the Board had no jurisdiction to make the orders which were in dispute. This submission was not accepted by the Court. Heald and Le Dain JJ. held that the Code was applicable in respect of the labour relations in issue. Chief Justice Thurlow did not state any final conclusion with respect to this issue.

This point was not argued by the respondents in this Court. They were content to rely upon another point, previously regarded as a subsidiary point, on which the majority of the Court found in their favour. The basis of the judgment of the Chief Justice is that the St. Regis Band Council was not a person within the meaning of s. 118(*p*) of the Code.

The Code, in s. 107(1) defines the word "employer" to mean "any person who employs one or more employees". Paragraph (*p*) of s. 118 provides that the Board has power:

*fédérale*, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, à la Cour d'appel fédérale d'annuler l'ordonnance du Conseil. Après avoir été entendue en partie, cette demande a, de consentement, été ajournée *sine die* pour permettre aux intimés de demander une nouvelle audition du Conseil.

Le 17 décembre 1974, les intimés ont demandé à la Cour d'appel fédérale d'annuler l'ordonnance d'accréditation.

Le 8 avril 1975, les intimés ont demandé au Conseil d'entendre de nouveau la demande d'accréditation et d'annuler l'ordonnance d'accréditation. Les intimés ont en outre demandé au Conseil d'annuler l'ordre de négocier collectivement. Le 10 novembre 1978, le Conseil a rejeté la demande des intimés.

Les deux demandes en vertu de l'art. 28 ont alors été entendues devant la Cour d'appel fédérale. Le 30 mai 1980, dans un jugement [1981] 1 C.F. 225, prononcé à deux contre un, cette cour a annulé les deux ordonnances du Conseil.

Jusqu'à l'audience en Cour d'appel fédérale, le principal moyen des intimés à l'encontre des ordonnances du Conseil était que les relations de travail en question ne relèvent pas de la compétence législative fédérale, que le Code ne s'y applique pas et que, par conséquent, le Conseil n'a pas compétence pour rendre les ordonnances en litige. La Cour d'appel fédérale n'a pas accepté ce moyen. Les juges Heald et Le Dain ont conclu que le Code s'applique aux relations de travail en question. Le juge en chef Thurlow n'a énoncé aucune conclusion définitive sur cette question.

Les intimés n'ont pas fait valoir ce point devant cette Cour. Ils se sont contentés de s'appuyer sur un autre moyen, considéré auparavant comme un moyen subsidiaire, sur lequel la Cour d'appel fédérale, à la majorité, a conclu en leur faveur. Le fondement des motifs de décision du Juge en chef est que le conseil de bande de Saint-Regis n'est pas une personne au sens de l'al. 118*p*) du Code.

Le Code, au par. 107(1), donne la définition suivante des termes «employeur» ou «patron»: «toute personne qui emploie un ou plusieurs employés». L'alinéa 118*p*) prévoit que le Conseil a le pouvoir:

(*p*) to decide for all purposes of this Part any question that may arise in the proceeding, including, without restricting the generality of the foregoing, any question as to whether

(i) a person is an employer or employee,

(ii) a person performs management functions or is employed in a confidential capacity in matters relating to industrial relations,

(iii) a person is a member of a trade union,

(iv) an organization or association is an employers' organization, a trade union or a council of trade unions,

(v) a group of employees is a unit appropriate for collective bargaining,

(vi) a collective agreement has been entered into,

(vii) any person or organization is a party to or bound by a collective agreement, and

(viii) a collective agreement is in operation.

The opinion of the Chief Justice is stated as follows [at p. 228]:

The Board has jurisdiction under section 118(*p*) of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1 as amended by S.C. 1972, c. 18, s. 1, to decide any question as to whether a person is an employer. But it does not have jurisdiction to decide that what is not a person is a person. In my view the St. Regis Indian Band Council is not a person within the meaning of section 118(*p*). Neither the council nor the Band itself is a body corporate. Neither has capacity, apart from the capacity of its members as individuals, to become or to be an employer of employees.

Heald J. summarized his position in the following passage from his reasons [at pp. 246-47]:

I have, however, further concluded, that the respondent Board acted without jurisdiction in purporting to certify subject unit of employees since the designated "employer" therein is not an "employer" as defined in subsection 107(1) of the Code.

Le Dain J., who dissented on this issue, stated his position as follows [at p. 248]:

I am unable, however, to agree with the Chief Justice and Mr. Justice Heald that the Board exceeded its jurisdiction by treating the Band Council as the employer for purposes of the certification. The record shows that there is in fact a situation of employment. Persons are engaged for certain work by the Council. They are paid by the Council. If the Council cannot be treated as the employer on the ground that it lacks corporate status

*p*) de trancher à toutes fins afférentes à la présente Partie toute question qui peut se poser, à l'occasion de la procédure, notamment, et sans restreindre la portée générale de ce qui précède, la question de savoir

(i) si une personne est un employeur ou un employé,

(ii) si une personne participe à la direction ou exerce des fonctions confidentielles ayant trait aux relations industrielles,

(iii) si une personne est membre d'un syndicat,

(iv) si une organisation ou une association est une association patronale, un syndicat ou un conseil de syndicats,

(v) si un groupe d'employés est une unité habile à négocier collectivement,

(vi) si une convention collective a été conclue,

(vii) si quelque personne ou association est partie à une convention collective ou est liée par cette dernière, et

(viii) si une convention collective est en application.

Voici l'opinion du Juge en chef [à la p. 228]:

Le Conseil a compétence en vertu de l'article 118*p*) du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, c. L-1, modifié par S.C. 1972, c. 18, art. 1, pour trancher toute question quant à savoir si une personne est un employeur. Mais il n'a pas le pouvoir de reconnaître le statut de personne à un organisme qui ne l'a pas. A mon avis, le conseil de la bande indienne de Saint-Regis n'est pas une personne au sens de l'article 118*p*). Ni le conseil ni la bande n'est une personne morale. Ni l'un ni l'autre n'a la capacité, si ce n'est la capacité de ses membres en tant qu'individus, de devenir ou d'être un employeur.

Le juge Heald a résumé sa position dans le passage suivant de ses motifs [aux pp. 246 et 247]:

J'ai conclu toutefois que le Conseil intimé n'avait pas compétence pour accréditer un agent négociateur pour l'unité d'employés en cause puisque l'«employeur» désigné dans l'accréditation n'est pas un «employeur» au sens du paragraphe 107(1) du Code.

Le juge Le Dain, dissident sur ce point, a énoncé sa position comme suit [à la p. 248]:

Mais je ne peux être d'accord avec la conclusion du juge en chef et du juge Heald selon laquelle le Conseil a outrepassé les limites de sa compétence en considérant le conseil de la bande comme l'employeur aux fins de l'accréditation. Il ressort du dossier qu'il y a effectivement emploi. Des personnes sont engagées par le conseil pour exécuter certains travaux. Ils sont payés (*sic*) par le conseil. Si le conseil ne peut être considéré comme

or explicit authority to make contracts of employment, then the same must be said of the Band. In the result there would be a *de facto* situation of employment, but because of the ambiguous legal character of the Council and the Band the employees would be deprived of the rights conferred by the *Canada Labour Code*. It would not be feasible to regard the individual members from time to time of the Council or the Band as the employers. In effect, it is not clear who, on strict legal tests, could be considered to be the employer, having regard to the question of legal personality and the question of authority to make contracts on someone else's behalf. Yet there is clearly a situation in which persons have the status of employees. In these circumstances, I think the Board should be held to have jurisdiction to treat the Band Council as the employer for purposes of the Code.

l'employeur au motif qu'il n'a pas la personnalité morale ou qu'il lui manque le pouvoir explicite de conclure des contrats de louage de service, c'est la même chose pour la bande. Il en résulterait une situation où il y aurait emploi dans les faits, mais à cause du statut juridique incertain du conseil et de la bande, les employés seraient privés des droits que confère le *Code canadien du travail*. Il ne serait pas réaliste de considérer les membres qui peuvent faire partie du conseil ou de la bande à un moment donné comme les employeurs. En fait, il n'est pas clair qui, du strict point de vue des critères juridiques, pourrait être considéré comme l'employeur, compte tenu de la question de la personnalité juridique et du pouvoir de conclure des contrats au nom d'un tiers. Pourtant il existe clairement une situation où des personnes ont le statut d'employés. Dans ces circonstances, je crois qu'il devrait être décidé que le conseil a compétence pour considérer le conseil de la bande comme employeur aux fins du Code.

The appellant appealed to this Court from the judgment of the Federal Court of Appeal. The passages from the judgment in the Federal Court of Appeal cited above indicate the problem which existed in deciding as to the matter of certification. There were persons involved who had the status of employees. Neither the Council nor the Band itself had been given statutory corporate status by the provisions of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6. It was conceded by the respondents that this could not be a situation in which there was no employer at all. Their submission was that it was the Band which was the employer and should be so considered in relation to certification.

L'appelante a porté l'arrêt de la Cour d'appel devant cette Cour. Les passages des motifs de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale cités ci-dessus indiquent le problème que posait la question de l'accréditation. Certaines personnes en cause avaient le statut d'employés. Les dispositions de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6, n'attribuent ni au conseil ni à la bande la personnalité morale. Les intimés ont admis qu'il ne pouvait s'agir d'une situation où il n'y avait pas du tout d'employeur. Ils font valoir que c'est la bande qui est l'employeur et qui doit être considérée comme tel relativement à l'accréditation.

The powers exercisable by the Council and the Band arise by virtue of the provisions of the *Indian Act*. That act makes provision, in s. 74(1), for the good government of an Indian Band. That subsection reads:

**74.** (1) Whenever he deems it advisable for the good government of a band, the Minister may declare by order that after a day to be named therein the council of the band, consisting of a chief and councillors, shall be selected by elections to be held in accordance with this Act.

Les pouvoirs que peuvent exercer le conseil de bande et la bande découlent des dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Le paragraphe 74(1) de cette loi traite en ces termes de la bonne administration d'une bande indienne:

**74.** (1) Lorsqu'il le juge utile à la bonne administration d'une bande, le Ministre peut déclarer par arrêté qu'à compter d'un jour y désigné le conseil d'une bande, comprenant un chef et des conseillers, sera formé au moyen d'élections tenues selon la présente loi.

Section 81 of the Act gives to the council power to make by-laws, not inconsistent with the Act or regulations, for many specified purposes which are similar to those covered by the by-laws of a municipality. The Governor in Council may declare that

L'article 81 de la Loi donne au conseil de bande le pouvoir d'établir des statuts administratifs non incompatibles avec la Loi ou les règlements pour de nombreuses fins précises qui sont semblables à celles que visent les règlements d'une municipalité.

a band has reached an advanced stage of development, in which event the council may, subject to the approval of the Minister, make by-laws of a taxing or funding nature.

The by-laws which a council has power to enact include by-laws dealing with the construction of roads, reservoirs and buildings, health services and the prevention of disorderly conduct. The council is empowered to make by-laws in respect of matters arising out of, or ancillary to, the exercise of the other powers defined in s. 81.

Section 74 of the *Indian Act* contemplates the creation of a statutory body, the council, to be selected by elections held in accordance with the Act. While the Act does not provide that this body shall be incorporated, it does grant to this body substantial legislative powers which, if exercised, would require the employment of staff to secure the implementation of its by-laws. The Board found that the Council did hire employees and that they were paid by cheques issued by the Council in its name.

In *International Brotherhood of Teamsters v. Therien*, [1960] S.C.R. 265, this Court considered a case in which an action had been brought by the respondent against a trade union seeking damages in tort and an injunction to restrain the union from interfering with the operation of his business. The union, which had been certified as a bargaining agent under the British Columbia *Labour Relations Act*, contended that it was not a legal entity which could be found liable in tort. The union was not incorporated.

The appeal was dismissed. Locke J., whose reasons on this point were accepted by the majority of the Court, held that, in the absence of anything to show a contrary intent, the legislature must be taken to have intended that the creature of the statute should have the same duties and be subject to the same liabilities as the general law would impose on a private individual doing the same thing.

Le gouverneur en conseil peut déclarer qu'une bande a atteint un haut degré d'avancement et dans ce cas, le conseil de bande peut, sous réserve de l'approbation du Ministre, établir des statuts administratifs relatifs à la taxation ou à la réunion de fonds.

Les statuts qu'un conseil de bande a le pouvoir d'adopter incluent ceux relatifs à l'établissement de routes, de réservoirs, de bâtiments, de services de santé et à la répression de l'inconduite. Le conseil de bande a le pouvoir d'établir des statuts relatifs à toute question qui découle de l'exercice des pouvoirs prévus à l'art. 81 ou qui y est accessoire.

L'article 74 de la *Loi sur les Indiens* prévoit la création d'un organisme, le conseil de bande, dont les membres sont élus au cours d'élections tenues selon la Loi. Bien que la Loi ne prévoie pas que cet organisme soit une personne morale, elle lui accorde des pouvoirs législatifs importants qui, lorsqu'ils sont exercés, exigent l'emploi d'un personnel chargé de faire appliquer ses statuts. Le Conseil a constaté que le conseil de bande a embauché des employés qu'il paie par chèques émis en son nom.

Dans l'arrêt *International Brotherhood of Teamsters c. Therien*, [1960] R.C.S. 265, cette Cour a examiné une affaire dans laquelle l'intimé avait intenté une action en responsabilité délictuelle à un syndicat et où il demandait une injonction qui empêcherait le syndicat de s'immiscer dans la conduite de ses affaires. Le syndicat, qui avait été accrédité à titre d'agent négociateur en vertu de la *Labour Relations Act* de la Colombie-Britannique, a fait valoir qu'il n'était pas une entité juridique susceptible d'être tenue responsable délictuellement. Le syndicat n'était pas une personne morale.

Le pourvoi a été rejeté. Le juge Locke, dont les motifs sur ce point ont été acceptés par la Cour à la majorité, a conclu qu'en l'absence d'un élément indiquant une intention contraire, on doit comprendre que le législateur a voulu que cette personne créée par la loi ait les mêmes devoirs et soit assujettie aux mêmes obligations qu'imposerait le droit général aux individus agissant de la même façon.

The Band Council is a creature of the *Indian Act*. It is given power to enact by-laws for the enforcement of which it is necessary to employ staff. In fact, the Council does engage employees to do work for it and it pays them. In view of these circumstances, for the purposes of the Code, it is my opinion that the Council could properly be considered to be an employer within the meaning of that Act. I am fortified in that conclusion by the provision contained in s. 27(7) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, that words in the singular include the plural. The word "person" in the Code therefore includes "persons". The Council is a designated body of persons which is given a specific role under the provisions of the *Indian Act*.

The respondents argued before this Court that it was the Band and not the Council which should have been certified by the Board. However, as Le Dain J. points out, if the Council cannot be treated as the employer because it lacks corporate status, the same must be said of the Band. If lack of corporate status prevents a body from being an employer under the Code, then there would be a situation in which Indian employees doing work for the Council or the Band would be denied the rights conferred by the Code.

The decision as to whether the Council or the Band should be regarded as the employer was one which is within the jurisdiction of the Board to determine under s. 118(*p*) of the Code, previously cited. It was for the Board to decide who was the employer, and the Board did so.

I would allow the appeal and set aside the judgment of the Federal Court of Appeal. The appellant should be entitled to its costs in this Court and in the Federal Court of Appeal.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Honeywell, Wotherspoon, Ottawa.*

*Solicitors for the respondents: O'Reilly & Grodinsky, Montreal.*

*Solicitors for the intervener: Gowling & Henderson, Ottawa.*

Le conseil de bande a été créé par la *Loi sur les Indiens*. Il a reçu le pouvoir d'établir des statuts et doit employer du personnel pour en assurer l'application. De fait, le conseil embauche des employés qui travaillent pour lui et qu'il paie. Dans ces circonstances, pour les fins du Code, je suis d'avis qu'on peut valablement dire que le conseil est un employeur au sens de cette loi. Ma conclusion trouve appui dans le par. 27(7) de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, qui dispose que les mots écrits au singulier comprennent le pluriel. Le mot «personne» dans le Code comprend par conséquent «personnes». Le conseil de bande est un groupe de personnes désigné auquel les dispositions de la *Loi sur les Indiens* attribuent un rôle particulier.

Les intimés ont fait valoir devant cette Cour que le Conseil aurait dû accréditer la bande et non le conseil de bande. Cependant, comme le souligne le juge Le Dain, si le conseil de bande ne peut être considéré comme l'employeur parce qu'il n'a pas la personnalité morale, il en est de même pour la bande. Si l'absence de personnalité morale empêche un organisme d'être un employeur au sens du Code, on serait alors dans une situation où des employés indiens travaillant pour le conseil de bande ou la bande ne pourraient bénéficier des droits qu'accorde le Code.

Ainsi le Conseil avait compétence pour décider, en vertu de l'al. 118*p*) du Code, précité, si le conseil de bande ou la bande peut être considéré comme l'employeur. Il appartenait au Conseil de décider qui était l'employeur, et il l'a fait.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale. L'appelante a droit à ses dépens en cette Cour et en Cour d'appel fédérale.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Honeywell, Wotherspoon, Ottawa.*

*Procureurs des intimés: O'Reilly & Grodinsky, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant: Gowling & Henderson, Ottawa.*

**Her Majesty The Queen in right of the Province of Newfoundland** *Appellant*;

and

**Commission Hydro-Electrique de Québec** *Respondent*;

and

**Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited** *Mis en cause*;

and

**Royal Trust Company and General Trust of Canada** *Mis en cause.*

---

**Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited** *Appellant*;

and

**Commission Hydro-Electrique de Québec** *Respondent*;

and

**Her Majesty The Queen in right of the Province of Newfoundland** *Mis en cause*;

and

**Royal Trust Company and General Trust of Canada** *Mis en cause.*

File Nos.: 16052 and 16079.

1981: October 29, November 3; 1982: August 9.

Present: Martland, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Courts — Jurisdiction — Contract — Clause conferring jurisdiction on Quebec courts — Motion for declaratory judgment filed in Quebec — Newfoundland not a party to contract — Quebec courts lack jurisdiction over Newfoundland — Code of Civil Procedure, arts. 68, 454, 456.*

*Civil procedure — Motion for declaratory judgment — Contract — Genuine problem of law — Problem due to act of third party — Interest required to obtain declaratory remedy — Exception of lis pendens - Code of Civil Procedure, arts. 55, 453.*

**Sa Majesté La Reine du chef de la province de Terre-Neuve** *Appelante*;

et

**Commission Hydro-Electrique de Québec** *Intimée*;

et

**Churchill Falls (Labrador) Corporation Limitée** *Mise en cause*;

et

**Compagnie Trust Royal et Trust Général du Canada** *Mises en cause.*

---

**Churchill Falls (Labrador) Corporation Limitée** *Appelante*;

et

**Commission Hydro-Electrique de Québec** *Intimée*;

et

**Sa Majesté La Reine du chef de la province de Terre-Neuve** *Mise en cause*;

et

**Compagnie Trust Royal et Trust Général du Canada** *Mises en cause.*

N^os du greffe: 16052 et 16079.

1981: 29 octobre, 3 novembre; 1982: 9 août.

Présents: Les juges Martland, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Tribunaux — Juridiction — Contrat — Clause attributive de juridiction aux tribunaux québécois — Requête en jugement déclaratoire intentée au Québec — Terre-Neuve non partie au contrat — Tribunaux québécois sans juridiction face à Terre-Neuve — Code de procédure civile, art. 68, 454, 456.*

*Procédure civile — Requête en jugement déclaratoire — Contrat — Difficulté de droit réelle — Difficulté due à l'acte d'un tiers — Intérêt requis pour se prévaloir du recours déclaratoire — Exception de litispendance — Code de procédure civile, art. 55, 453.*

Churchill Falls develops the hydro-electric resources of Churchill Falls under a lease granted by Newfoundland. By contract Hydro-Québec undertook to buy, and Churchill Falls to sell, almost all this production. By Order in Council Newfoundland, claiming to exercise a right under the lease, required Churchill Falls to supply it with 800 megawatts of power commencing on October 1, 1983. When Churchill Falls refused to comply, the Attorney General of Newfoundland brought a declaratory action against it and Hydro-Québec in the Supreme Court of Newfoundland. Hydro-Québec, relying on the clause conferring jurisdiction contained in the Power Contract, filed a motion for a declaratory judgment in the Superior Court for the District of Montreal. A first judgment of the Superior Court allowed the declinatory exception of Newfoundland to the motion, a second the motion to dismiss filed by Churchill Falls. The Court of Appeal reversed both judgments.

*Held*: The appeal of Newfoundland should be allowed. The appeal of Churchill Falls should be dismissed.

(1) The declinatory exception: A contract does not confer jurisdiction over a person who is not a party to it. In the case at bar, the jurisdiction *ratione personae* over Churchill Falls which the Power Contract conferred on the Superior Court for the District of Montreal did not extend to Newfoundland which was not a party to the Power Contract. The possible repercussions of Newfoundland's actions in that province on the Power Contract did not either have the effect of conferring jurisdiction on the Quebec court under art. 68 *C.C.P.* By seeking specific conclusions against Newfoundland, asking that the judgment to be rendered be made applicable to it, Hydro-Québec exceeded the requirements of art. 454 *C.C.P.*

(2) The motion to dismiss: In order to use the declaratory action, the interest in obtaining a solution to a genuine problem of law must be real, regardless of whether the problem is due to the act of a third party. Here, Hydro-Québec had a real interest as, ever since the Newfoundland Order in Council was adopted and legal proceedings were brought to oblige Churchill Falls to comply with it, Hydro-Québec entertained doubts as to the legal effect on the Power Contract of the possible obligation of Churchill Falls to meet the request of Newfoundland for power. Finally, there was no *lis pendens*, or "kind of *lis pendens*", between the proceedings brought in the courts of Newfoundland and this motion for a declaratory judgment since the two actions raise different points of law.

Churchill Falls exploite les ressources hydro-électriques des chutes Churchill en vertu d'un bail consenti par Terre-Neuve. Par contrat, Hydro-Québec s'est engagée à acheter et Churchill Falls à vendre la presque totalité de cette production. Par arrêté en conseil, Terre-Neuve, prétendant exercer un droit en vertu du bail, a requis Churchill Falls de lui fournir, à compter du 1er octobre 1983, 800 mégawatts d'énergie. Devant son refus d'obtempérer, le procureur général de cette province a pris une action déclaratoire contre elle et Hydro-Québec en Cour suprême de Terre-Neuve. De son côté Hydro-Québec, s'appuyant sur la clause attributive de juridiction prévue au contrat d'énergie, a présenté en Cour supérieure du district de Montréal une requête en jugement déclaratoire. Dans un premier jugement, la Cour supérieure a accueilli l'exception déclinatoire de Terre-Neuve à l'encontre de la requête et, dans un deuxième, la requête en irrecevabilité de Churchill Falls. La Cour d'appel a infirmé les deux jugements.

*Arrêt:* Le pourvoi de Terre-Neuve est accueilli. Le pourvoi de Churchill Falls est rejeté.

1) L'exception déclinatoire: Un contrat ne peut être attributif de juridiction à l'encontre d'une personne qui lui est étrangère. En l'espèce, la juridiction *ratione personae* sur Churchill Falls que le contrat d'énergie confère à la Cour supérieure du district de Montréal ne s'étend pas à Terre-Neuve, celle-ci n'étant pas partie au contrat. Les répercussions possibles sur le contrat d'actes posés par Terre-Neuve dans cette province n'ont pas non plus pour effet de conférer juridiction au tribunal québécois en vertu de l'art. 68 *C.p.c.* Hydro-Québec, en prenant des conclusions spécifiques contre Terre-Neuve pour que le jugement à venir lui soit opposable, est allée au-delà des exigences de l'art. 454 *C.p.c.*

2) La requête en irrecevabilité: Pour se prévaloir du recours déclaratoire, il faut que l'intérêt à obtenir une solution à une difficulté réelle de droit soit actuel, peu importe que la difficulté soit due à l'acte d'un tiers. En l'espèce, Hydro-Québec possède cet intérêt puisque depuis que l'arrêté en conseil de Terre-Neuve a été adopté et que des procédures judiciaires ont été intentées pour forcer Churchill Falls à s'y conformer, Hydro-Québec se trouve dans l'incertitude quant à l'effet juridique sur le contrat d'énergie de l'obligation possible de Churchill Falls d'obtempérer à la demande d'énergie de Terre-Neuve. Enfin, il n'y avait pas ici de litispendance ou une «espèce de litispendance» entre les procédures intentées devant les tribunaux de Terre-Neuve et la présente requête pour jugement déclaratoire puisque les deux procédures soulèvent des questions juridiques différentes.

*Porter Co. v. Constructions du St-Laurent Ltée*, [1952] Que. Q.B. 662; *Edelstein v. Kert Manufacturing Co.*, [1970] R.P. 179; *Procon (Great Britain) Ltd. v. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565; *Duquet v. Town of Sainte-Agathe-des-Monts*, [1977] 2 S.C.R. 1132; *Ville de Montréal v. Bureau des examinateurs électriciens de la province de Québec*, [1977] C.S. 851; *Campisi v. Procureur général du Québec*, [1978] C.A. 520, distinguished; *Union Oil Co. of Canada Ltd. v. The Queen in right of Canada* (1974), 52 D.L.R. (3d) 388, affirmed by [1976] 1 F.C. 74, approved; *Attorney-General of Newfoundland v. Churchill Falls (Labrador) Corp.* (1980), 109 D.L.R. (3d) 146; *Gouvernement de la République démocratique du Congo v. Venne*, [1971] S.C.R. 997; *Gignac v. Siscoe Metals Ltd.*, [1944] Que. K.B. 192, referred to.

APPEALS from two judgments of the Court of Appeal of Quebec, [1980] C.A. 203, reversing two judgments of the Superior Court allowing a declinatory exception and a motion to dismiss. Appeal of Newfoundland allowed. Appeal of Churchill Falls dismissed.

*Philip Vineberg, Q.C.*, for the appellant and mis en cause Her Majesty the Queen in right of the Province of Newfoundland.

*Claude Tellier, Q.C.*, for the appellant and mis en cause Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited.

*Michel Jetté* and *François Aquin*, for the respondent.

*Yves Mayrand*, for the mis en cause Royal Trust Co.

English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.—These are two appeals from two decisions of the Quebec Court of Appeal, [1980] C.A. 203, setting aside two judgments of the Superior Court.

The Commission Hydro-Electrique du Québec (*Hydro-Québec*) filed a motion for a declaratory judgment in the Superior Court pursuant to art. 453 of the *Code of Civil Procedure*. In that proceeding Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited (*Churchill Falls*) was the respondent and Her Majesty the Queen in right of the Province of

Jurisprudence: distinction faite avec les arrêts: *Porter Co. c. Constructions du St-Laurent Ltée*, [1952] B.R. 662; *Edelstein c. Kert Manufacturing Co.*, [1970] R.P. 179; *Procon (Great Britain) Ltd. c. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565; *Duquet c. Ville de Sainte-Agathe-des-Monts*, [1977] 2 R.C.S. 1132; *Ville de Montréal c. Bureau des examinateurs électriciens de la province de Québec*, [1977] C.S. 851; *Campisi c. Procureur général du Québec*, [1978] C.A. 520; arrêt approuvé: *Union Oil Co. of Canada Ltd. v. The Queen in right of Canada* (1974), 52 D.L.R. (3d) 388 confirmé par [1976] 1 C.F. 74; arrêts mentionnés: *Attorney-General of Newfoundland v. Churchill Falls (Labrador) Corp.* (1980), 109 D.L.R. (3d) 146; *Gouvernement de la République démocratique du Congo c. Venne*, [1971] R.C.S. 997; *Gignac c. Siscoe Metals Ltd.*, [1944] B.R. 192.

POURVOIS contre deux arrêts de la Cour d'appel du Québec, [1980] C.A. 203, qui ont infirmé deux jugements de la Cour supérieure accueillant une exception déclinatoire et une requête en irrecevabilité. Le pourvoi de Terre-Neuve est accueilli. Le pourvoi de Churchill Falls est rejeté.

*Philip Vineberg, c.r.*, pour l'appelante et mise en cause Sa Majesté la Reine du chef de la province de Terre-Neuve.

*Claude Tellier, c.r.*, pour l'appelante et mise en cause Churchill Falls (Labrador) Corporation Limitée.

*Michel Jetté* et *François Aquin*, pour l'intimée.

*Yves Mayrand*, pour la mise en cause Cie Trust Royal.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—Les deux pourvois attaquent deux arrêts de la Cour d'appel du Québec, [1980] C.A. 203, qui infirment deux jugements de la Cour supérieure.

La Commission Hydro-Électrique de Québec (*Hydro-Québec*) a présenté à la Cour supérieure une requête pour jugement déclaratoire suivant l'art. 453 du *Code de procédure civile*. Dans cette procédure, Churchill Falls (Labrador) Corporation Limitée (*Churchill Falls*) était l'intimée et Sa Majesté la Reine du chef de la province de Terre-

Newfoundland (*Newfoundland*) was one of the mis en cause.

The first decision, rendered by Montgomery, Turgeon and Monet JJ.A. of the Court of Appeal, dismissed a declinatory exception by *Newfoundland* which Reeves J. of the Superior Court had granted.

In the first appeal *Newfoundland* is asking that we set aside the decision of the Court of Appeal and allow the declinatory exception.

The second decision, rendered by the same judges of the Court of Appeal, dismissed a motion to dismiss presented by *Churchill Falls* which the same Superior Court judge had granted.

In the second appeal *Churchill Falls* is asking that we set aside the decision of the Court of Appeal and grant the motion to dismiss.

I—Facts and proceedings

At this stage the allegations in the motion for a declaratory judgment must be taken as established and we shall cite most of them by way of background to the issue, as did the Court of Appeal and the Superior Court.

The following are the allegations of *Hydro-Québec*:

[TRANSLATION] 1. On May 12, 1969 a contract was entered into by applicant and respondent pursuant to which applicant undertook to purchase and respondent undertook to sell almost all the electrical energy generated by a hydro-electric plant that was to be built by respondent at the Churchill Falls, on the Churchill River, in accordance with certain specifications provided for in the contract;

. . .

3. Under this contract, R-1, the plant was to be capable of delivering to applicant, at the point of delivery specified, a maximum output of 4,383,600 kw during October, November, December, January, February, March, April and May of each year and of 4,163,500 kw during June, July, August and September; this output could be increased, however, by an additional capacity as provided in paragraph 6.4 of contract R-1;

. . .

Neuve (*Terre-Neuve*) était l'une des mises en cause.

Le premier arrêt, rendu par les juges Montgomery, Turgeon et Monet de la Cour d'appel, rejette une exception déclinatoire faite par *Terre-Neuve* et que le juge Reeves de la Cour supérieure avait accueillie.

Par le premier pourvoi, *Terre-Neuve* nous demande d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et d'accueillir l'exception déclinatoire.

Le second arrêt, rendu par les mêmes juges de la Cour d'appel, rejette une requête en irrecevabilité présentée par *Churchill Falls* et que le même juge de la Cour supérieure avait accueillie.

Par le second pourvoi, *Churchill Falls* nous demande d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et d'accueillir la requête en irrecevabilité.

I—Les faits et les procédures

A ce stade, il faut tenir pour avérées les allégations de la requête demandant un jugement déclaratoire et il est nécessaire pour la compréhension du litige de citer la plupart d'entre elles, comme l'ont fait d'ailleurs la Cour d'appel et la Cour supérieure.

Voici quelles sont ces allégations de l'*Hydro-Québec*:

1. Le 12 mai 1969, un contrat est intervenu entre la Requérante et l'Intimée en vertu duquel la Requérante s'est obligée d'acheter et l'Intimée s'est obligée de vendre la presque totalité de la production d'énergie électrique générée par une centrale hydroélectrique qui devait être construite par l'Intimée aux Chutes Churchill sur la Rivière Churchill suivant certaines spécifications prévues au contrat;

. . .

3. En vertu de ce contrat R-1, cette centrale devait être capable de livrer à la Requérante, au point de livraison prévu, une puissance maximale de 4,383,600 kW durant les mois d'octobre, novembre, décembre, janvier, février, mars, avril et mai de chaque année et de 4,163,500 kW durant les mois de juin, juillet, août et septembre, cette puissance pouvant cependant être augmentée par une capacité additionnelle tel que prévu au paragraphe 6.4 du contrat R-1;

. . .

6. In fact the hydro-electric plant provided for in contract R-1 was constructed in such a manner that the effective date and the completion date as defined in title II of paragraph 1.1 of Article I fell on September 1, 1976, copies of two certificates issued by Acres Canadian Bechtel of Churchill Falls attesting to this fact being filed herewith jointly as Exhibit R-2;

7. As appears from paragraph 2.1 of contract R-1, respondent undertook to sell to applicant all the electrical power and energy that the plant could generate, except the quantities referred to in paragraphs 4 and 5 of the present motion;

8. As appears in particular from paragraph 6.6 of contract R-1, however, respondent reserved the right to withhold, on certain conditions and in addition to the quantities referred to in the preceding paragraph of the present motion, certain amounts of power and energy not to exceed a total of 300,000 kw in the case of the power and 2.362 billion kwh per annum in the case of the energy;

. . .

13. Applicant urgently needed and still needs all electrical energy generated by the harnessing of Churchill Falls to ensure economic growth in the province of Quebec and to meet the present and future needs of consumers of energy in that province;

. . .

15. In consideration of this express undertaking by respondent, applicant granted it major financial benefits and guarantees without which the project could never have been realized;

. . .

20. Under Article XV applicant undertook to provide respondent with the interest over and above certain rates, namely 5½ per cent in the case of the first mortgage bonds and 6 per cent in all other cases, that respondent would have to pay on the various loans taken out or to be taken out to implement contract R-1;

21. Under this Article XV applicant has so far disbursed approximately eighty-five million five hundred thousand dollars ($85,500,000.00);

22. None of the above-mentioned financial considerations or guarantees given by applicant to respondent would ever have been granted had it not been for respondent's firm and unambiguous undertaking to deliver to it all the power and energy produced by the Churchill Falls plant, as mentioned in paragraph 14 of the present motion;

6. De fait la centrale hydroélectrique prévue au contrat R-1 a été construite de telle sorte que les «effective date» et «completion date» telles que définies au titre II du paragraphe 1.1 de l'Article I sont survenues le 1er septembre 1976, une copie de deux certificats émis par Acres Canadian Bechtel of Churchill Falls attestant de cet état de fait étant produits en liasse avec les présentes comme pièce R-2;

7. Tel qu'il appert du paragraphe 2.1 du contrat R-1 l'Intimée s'est engagée à vendre à la Requérante toute la puissance et l'énergie électrique que la centrale pouvait générer, sauf les quantités auxquelles il est référé aux paragraphes 4 et 5 de la présente requête;

8. Cependant, tel qu'il appert particulièrement du paragraphe 6.6 du contrat R-1, l'Intimée s'était réservée le droit de retenir, à certaines conditions, et en plus des quantités auxquelles il est référé au paragraphe précédent de la présente requête certains blocs de puissance et d'énergie ne devant pas dépasser au total 300,000 kW pour la puissance et 2.362 milliard (*sic*) de kWH par année pour l'énergie;

. . .

13. La Requérante avait et elle a encore un besoin impérieux de toute l'énergie électrique générée par le harnachement des Chutes Churchill pour assurer la croissance économique de la province de Québec et pour répondre aux besoins actuels et futurs des consommateurs d'énergie de cette province;

. . .

15. En considération de cet engagement formel de l'Intimée, la Requérante lui a consenti des avantages et des garanties financières importantes sans lesquelles le projet n'aurait jamais pu être réalisé;

. . .

20. En vertu de l'Article XV la Requérante s'est engagée à fournir à l'Intimée l'excédent des intérêts, à partir de certains taux, soit 5½% pour les obligations de premier rang et 6% dans les autres cas, que l'Intimée aurait à payer sur les divers emprunts contractés ou à contracter pour mettre en œuvre le contrat R-1;

21. En vertu de cet Article XV la Requérante a déboursé à date une somme approximative de quatre-vingt-cinq millions cinq cent mille dollars ($85,500,000.00);

22. Toutes les considérations financières et les garanties susdites données par la Requérante à l'Intimée n'auraient jamais été consenties n'eut été l'engagement ferme et non ambigu de l'Intimée de lui livrer la totalité de la puissance et de l'énergie produites par la centrale des Chutes Churchill tel que mentionné au paragraphe 14 de la présente requête;

23. In order to make possible the total financing of the project, applicant itself had to purchase one hundred million dollars ($100,000,000.00) of bonds secured by a general mortgage over all respondent's assets issued by the latter under a trust deed signed on September 1, 1968 by respondent and General Trust of Canada as trustee pursuant to the laws of the province of Quebec;

. . .

26. Pursuant to trust deed R-4, respondent assigned, transferred and pledged, for the benefit of its creditors, all its rights under contract R-1 in order to guarantee the obligations it had undertaken;

27. Moreover, it is provided in trust deed R-4, subject, however, to the provisions concerning subordination to the first mortgage bonds, that any default on the part of respondent under contract R-1 may constitute a default under trust deed R-4, with all the resultant consequences;

28. By a lease signed on May 16, 1961 between the Lieutenant-Governor in Council of the Province of Newfoundland and respondent, the former granted to the latter, among other rights, the right to harness the hydraulic forces in that part of the Churchill River referred to in the lease as the "Upper Churchill Watershed", which includes the Churchill Falls, to develop its hydro-electric resources and to export the power and energy therefrom outside the province of Newfoundland;

. . .

30. On August 6, 1976, by Order in Council 1001-76, the Government of the province of Newfoundland purported to exercise a right under clause 2(e) of Part I of lease R-5, which reads as follows:

> "2. Subject to the provisions, terms, conditions, exceptions and reservations in this Lease, the lease and demise of the Upper Churchill created hereby includes the grant to the Lessee during the term created by this Lease of . . .
>
> (e) The right to transmit throughout the Province any electric power generated as the result of the harnessing of the whole or any part of the Upper Churchill and to export from the Province such power: Provided that upon the request of the Government consumers of electricity in the Province shall be given priority where it is feasible and economic to do so; and . . . ";

31. Under this Order in Council referred to in the preceding paragraph, the Government of the province of

23. Pour permettre le financement total du projet, la Requérante a dû elle-même se porter acquéreur de cent millions de dollars ($100,000,000.00) d'obligations comportant hypothèque générale sur tous les biens de l'Intimée émises par cette dernière en vertu d'un acte de fiducie passé conformément aux lois de la province de Québec le 1er septembre 1968 entre l'Intimée et le Trust Général du Canada comme fiduciaire;

. . .

26. En vertu de cet acte de fiducie R-4, l'Intimée a cédé, transporté et mis en gage, pour le bénéfice de ses créanciers, tous ses droits en vertu du contrat R-1 pour satisfaire aux obligations auxquelles elle s'est engagée;

27. De plus, il est prévu à cet acte de fiducie R-4, sujet cependant aux dispositions concernant la subordination en faveur des obligations de premier rang, que tout défaut de la part de l'Intimée en vertu du contrat R-1 pourra constituer un événement de défaut en vertu de cet acte de fiducie R-4 avec toutes les conséquences qui en découlent;

28. Par bail passé le 16 mai 1961 entre le Lieutenant-Gouverneur en Conseil de la province de Terre-Neuve et l'Intimée, le premier accordait à la seconde, entre autres droits, celui de harnacher les forces hydrauliques contenues dans cette partie de la Rivière Churchill désignée au bail comme le «Upper Churchill Watershed», laquelle inclut les Chutes Churchill, d'en exploiter les ressources hydroélectriques et d'en exporter la puissance et l'énergie en dehors de la province de Terre-Neuve;

. . .

30. Le 6 août 1976, par arrêté-en-conseil adopté sous le no. 1001-76, le Gouvernement de la province de Terre-Neuve prétendait exercer un droit en vertu de la clause 2(e) de la partie I du bail R-5, laquelle se lit comme suit:

> [TRADUCTION] «2. Sous réserve des dispositions, modalités, conditions, exceptions et réserves contenues dans le présent bail, la location et cession de la Upper Churchill consenties par les présentes englobent la concession au locateur pour la durée du présent bail de . . .
>
> e) Le droit de transmettre à travers la province toute énergie électrique générée par l'exploitation de la totalité ou de partie de la Upper Churchill et celui d'exporter cette énergie hors de la province, pourvu que sur requête du gouvernement les consommateurs d'électricité de la province reçoivent la priorité lorsqu'il est possible et économique de le faire; et . . . ».

31. En vertu de cet arrêté-en-conseil auquel il est fait référence au paragraphe précédent, le Gouvernement de

Newfoundland required respondent to comply with the following:

"BE IT THEREFORE ORDERED THAT CFLCo be and it is hereby requested to

(a) supply to Newfoundland and Labrador Hydro, an agent of Her Majesty in right of the Province, a total of 800 Megawatts of power, generated from the waters of the said Upper Churchill Watershed, at a 90% load factor, commencing on October 1, 1983; and

(b) give Newfoundland and Labrador Hydro access to limited quantities of power for commissioning purposes prior to October 1, 1983, all such power

(c) to be supplied at such price and upon such other terms and conditions as may be mutually agreed between CFLCo and Newfoundland and Labrador Hydro, and as shall, in any event, be not less favourable to CFLCo than the price and other terms and conditions prescribed in the Power Contract dated as of the 12th of May, A.D. 1969, and made between Quebec Hydro-Electric Commission and CFLCo; and

(d) to be delivered to Newfoundland and Labrador Hydro at or near Churchill Falls, the exact point or points of delivery to be such as may be mutually agreed between CFLCo and Newfoundland and Labrador Hydro . . . ".

. . .

34. On August 31, 1976, in a letter addressed to the Minister of Mines and Energy of the Government of the province of Newfoundland, respondent, through its president, gave notice of its refusal to comply with Order in Council R-6 beyond its ability to comply with it in accordance with the terms of contract R-1, a copy of this letter being filed herewith as Exhibit R-8;

35. On or about September 13, 1976 the mis-en-cause the Attorney General for the Province of Newfoundland, purporting to act on behalf of the Government, took action against respondent as first defendant and against applicant as second defendant, seeking declarations from the Supreme Court of Newfoundland to the following effect:

"(a) A declaration that the Plaintiff is entitled by virtue of paragraphe [*sic*] (e) of Clause 2 of Part I of the Lease to make the request for eight hundred (800) Megawatts of electric power as set forth in the Order-in-Council;

(b) a declaration that the Plaintiff, by reason of the Financial Agreement, is not prevented or prohibited from commencing this action;

la province de Terre-Neuve requérait l'Intimée d'obtempérer à ce qui suit:

[TRADUCTION] «IL EST EN CONSÉQUENCE ORDONNÉ QUE CFLCo soit requise en vertu des présentes de

a) fournir à Newfoundland and Labrador Hydro, une mandataire de Sa Majesté du chef de la province, 800 mégawatts d'énergie, générés à partir des eaux dudit Upper Churchill Watershed, à un facteur de charge de 90%, à compter du 1er octobre 1983; et

b) mettre à la disposition de Newfoundland and Labrador Hydro une quantité limitée d'énergie pour fins de mise en service avant le 1er octobre 1983, cette énergie

c) sera fournie aux prix et autres conditions dont CFLCo et Newfoundland and Labrador Hydro seront convenues, ce prix et ces conditions ne devant pas être, de toute façon, moins avantageux pour CFLCo que le prix et les conditions stipulés au contrat d'énergie intervenu le 12 mai 1969 entre la Commission Hydro-Electrique de Québec et CFLCo; et

d) sera livrée à Newfoundland and Labrador Hydro à Churchill Falls ou dans les environs, le ou les endroits précis de livraison pourront faire l'objet d'ententes entre CFLCo et Newfoundland and Labrador Hydro . . . ».

. . .

34. Le 31 août 1976, par lettre adressée au Ministre des Mines et de l'Energie du Gouvernement de la province de Terre-Neuve, l'Intimée, par son président, lui signifiait son refus d'acquiescer à l'arrêté-en-conseil R-6 au-delà de son pouvoir d'y satisfaire aux termes du contrat R-1, une copie de cette lettre étant produite avec les présentes comme pièce R-8;

35. Le ou vers le 13 septembre 1976 le mis-en-cause, le Procureur Général de la province de Terre-Neuve, alléguant agir au nom du Gouvernement, a pris action contre l'Intimée comme première Défenderesse et contre la Requérante comme seconde Défenderesse, sollicitant de la Cour Suprême de la province de Terre-Neuve des déclarations à l'effet suivant:

[TRADUCTION] «a) Une déclaration selon laquelle la demanderesse a droit, en vertu de l'alinéa e) de l'article 2 de la Partie I du bail d'exiger huit cents (800) mégawatts d'énergie électrique comme le mentionne l'arrêté-en-conseil;

b) une déclaration selon laquelle il n'est pas interdit ou prohibé à la défenderesse d'entamer la présente action à cause de la convention sur le financement;

(c) a declaration that by virtue of Part I of the Lease and Sections 3 and 4 of the Act the First Defendant is obliged to comply with the request set forth in the Order-in-Council;

(d) a declaration that the First Defendant by complying with the request set forth in the Order-in-Council will not be in breach of any warranties contained in the Bond Purchase Agreements;

(e) a declaration that the First Defendant by complying with the request set forth in the Order-in-Council will not be in breach of any of the convenants or agreements contained in

(i) the Power Contract;

(ii) the Bond Purchase Agreements;

(iii) the First Mortgage Trust Deed;

(iv) the General Mortgage Trust Deed, and

(v) the Debenture Indenture;

(f) a declaration that the Power Contract, by its terms, is a contract to be performed substantially in the Province of Newfoundland;

(g) costs; and

(h) such further or other relief as this Court shall deem fit and just in the circumstances."

36. A copy of this action is filed herewith as Exhibit R-9;

37. Upon the application of the mis-en-cause the Attorney General for the Province of Newfoundland, formulated by way of affidavit, this action was served on applicant in Montreal pursuant to an order of A.S. Mifflin C.J. of the Supreme Court of Newfoundland;

. . .

39. As appears from the action, Exhibit R-9, the mis-en-cause the Attorney General for the Province of Newfoundland was seeking from the Supreme Court of Newfoundland, among other conclusions, a declaration to the effect that in complying with the provisions of Order in Council R-6, respondent would not be in breach of the terms of contract R-1;

40. It is thus clear that the mis-en-cause the Attorney General for the Province of Newfoundland wishes to have the courts of the province of Newfoundland interpret contract R-1 and rule on certain rights and obligations arising therefrom, notwithstanding the terms of paragraph 1.2 of contract R-1, which reads as follows:

c) une déclaration selon laquelle la première défenderesse est tenue, en vertu de la Partie I du bail et des articles 3 et 4 de la Loi, de se conformer à la demande formulée dans l'arrêté-en-conseil;

d) une déclaration selon laquelle la première défenderesse ne se rendra coupable d'aucune violation d'aucune garantie exprimée aux conventions d'achat d'obligations en se conformant à la demande formulée dans l'arrêté-en-conseil;

e) une déclaration selon laquelle la première défenderesse ne se rendra coupable d'aucune violation des promesses et conventions contenues dans

(i) le contrat d'énergie;

(ii) les conventions d'achat d'obligations;

(iii) l'acte de fiducie de première hypothèque;

(iv) l'acte de fiducie d'hypothèque générale et

(v) l'acte de débenture;

en se conformant à la demande formulée dans le décret du conseil.

f) une déclaration selon laquelle, en vertu de sa teneur, le contrat d'énergie est un contrat dont la part la plus importante doit être exécutée dans la province de Terre-Neuve;

g) les dépens; et

h) tout autre redressement que la Cour estimera juste et approprié dans les circonstances.

36. Une copie de cette action est produite avec les présentes comme pièce R-9;

37. Sur demande du mis-en-cause, le Procureur Général de la province de Terre-Neuve, et formulée par voie d'affidavit, cette action a été signifiée à la Requérante à Montréal en vertu d'une Ordonnance à cet effet de l'Honorable Juge en Chef A.S. Mifflin de la Cour Suprême de la province de Terre-Neuve;

. . .

39. Tel qu'il appert de l'action pièce R-9, le mis-en-cause le Procureur Général de la province de Terre-Neuve sollicite de la Cour Suprême de la province de Terre-Neuve, entre autres conclusions, une déclaration à l'effet qu'en obtempérant aux dispositions de l'arrêté-en-conseil pièce R-6, l'Intimée ne sera pas en défaut en vertu des termes du contrat R-1;

40. Dès lors il apparaît clairement que le mis-en-cause, le Procureur Général de la province de Terre-Neuve veut, devant les Tribunaux de la province de Terre-Neuve, faire interpréter le contrat R-1 et adjuger sur certains droits et obligations qui en découlent nonobstant les termes du paragraphe 1.2 du contrat R-1 qui se lit comme suit:

"This Power Contract shall at all times and in all respects be governed by, and interpreted in accordance with, the laws of the Province of Quebec. The only Courts competent to adjudge disputes between the parties hereto arising out of this Contract are, subject to appeal to the Supreme Court of Canada when such appeal lies, the Courts of the Judicial District of Montreal, where for purposes of litigation only as aforesaid, CFLCo elects domicile for service at One Westmount Square in the City of Westmount, District of Montreal or at such other place in the said District of Montreal of which CFLCo may from time to time give written notice to Hydro-Quebec."

41. Applicant did not file any appearance under the laws of the province of Newfoundland in response to this action and declined the jurisdiction of the Supreme Court of Newfoundland over certain of the matters which the mis-en-cause the Attorney General for the Province of Newfoundland was attempting to bring before it;

42. More specifically, and without having appeared, as stated above, applicant filed pursuant to the rules of procedure in effect in Newfoundland and argued on March 11, 1977 a notice of motion to quash and set aside the order for service rendered by A.S. Mifflin C.J., Exhibit R-10, as regards paragraphs 3 to 18 and 24 to 27 of the allegations in action R-9 and conclusions (d), (e) and (f) of the same pleading;

43. A copy of this notice of motion presented by applicant is filed herewith as Exhibit R-11;

44. Goodridge J. of the Supreme Court of Newfoundland now rendered judgment dismissing notice of motion R-11, and applicant appealed from that decision to the Newfoundland Court of Appeal;

45. A copy of the reasons for this judgment is filed as Exhibit R-12;

46. As appears from the reasons for judgment R-12, Goodridge J. ruled that Hydro-Québec had not appeared and that it had in no way submitted to the jurisdiction of the Newfoundland courts, despite the pleadings it had filed so far;

. . .

48. Respondent, for its part, has not yet pleaded to action, Exhibit R-9, but has appeared before the Newfoundland Courts, has totally accepted their jurisdiction

[TRADUCTION] «Pendant toute sa durée et à tous égards, le présent contrat d'énergie sera régi par les lois de la province de Québec et interprété en fonction de celles-ci. Les seuls tribunaux compétents pour se prononcer sur les différends qui naîtront entre les parties aux présentes par suite du présent contrat seront, sous réserve d'appel à la Cour suprême du Canada lorsque ce droit d'appel existe, les tribunaux du district judiciaire de Montréal, et pour les fins judiciaires susdites seulement CFLCo élit domicile de signification à un Westmount Square, en la ville de Westmount, district de Montréal ou à tout autre endroit, dans le district de Montréal, que CFLCo indiquera, à l'occasion, par avis écrit à Hydro-Québec.»

41. Suite à cette action la Requérante n'a produit aucune comparution suivant les lois de la province de Terre-Neuve, et elle a décliné la juridiction du Tribunal de Terre-Neuve sur certaines des matières dont le mis-en-cause le Procureur Général de la province de Terre-Neuve a prétendu saisir la Cour Suprême de ladite province;

42. De façon plus spécifique, et sans avoir comparu tel que susdit, la Requérante a présenté suivant les règles de procédure en vigueur à Terre-Neuve et elle a plaidé le 11 mars 1977 un avis de motion pour faire casser et annuler l'Ordonnance de signification prononcée par l'Honorable Juge en Chef A.S. Mifflin, pièce R-10, en autant que sont concernés les paragraphes 3 à 18 et 24 à 27 des allégués de l'action pièce R-9 et de même les conclusions (d), (e) et (f) de la même procédure;

43. Une copie de cet avis de motion présenté par la Requérante est d'ailleurs produite avec les présentes comme pièce R-11;

44. Jugement a maintenant été rendu sur l'avis de motion pièce R-11, l'Honorable Goodridge de la Cour Suprême de la province de Terre-Neuve l'ayant rejetée, et la Requérante en a appelé de cette décision devant la Cour d'Appel de la province de Terre-Neuve;

45. Une copie des motifs de ce jugement est produite comme pièce R-12;

46. Tel qu'il appert des motifs de ce jugement, pièce R-12, l'Honorable Juge Goodridge a statué que l'Hydro-Québec n'avait pas comparu et qu'elle ne s'était d'aucune façon soumise à la juridiction des Tribunaux de la province de Terre-Neuve malgré les procédures dont elle les avait saisis à date;

. . .

48. L'Intimée, quant à elle, n'a pas encore plaidé à l'action, pièce R-9, mais elle a comparu devant les Tribunaux de la province de Terre-Neuve, a accepté

over the proceedings as instituted and has even supported the arguments of the mis-en-cause the Attorney General for the Province of Newfoundland against motion R-11;

49. It is in applicant's interests to have its rights under contract R-1 determined immediately since respondent may still comply with Order in Council R-6, voluntarily or otherwise, and this will affect applicant's rights and reduce its ability to meet future energy needs in the province of Quebec;

50. Applicant must have its rights under contract R-1 determined immediately so that it can make plans to meet the province of Quebec's future electrical energy needs;

51. Applicant's rights under contract R-1 are being challenged in a forum which it does not recognize as having any jurisdiction in the matter;

52. As appears from action R-9, the mis-en-cause the Attorney General for the Province of Newfoundland sought to link closely in his action the determination of the alleged rights of the Government of the Province of Newfoundland under lease R-5 and Order in Council R-6 with the determination of the rights and obligations of applicant and respondent under contract R-1;

53. The mis-en-cause Royal Trust Company is an interested party, like the mis-en-cause General Trust of Canada, owing to the following factors;

54. By a trust deed in accordance with the laws of the province of Quebec signed on May 15, 1969 between respondent, the mis-en-cause Royal Trust Company, as trustee for the province of Newfoundland, applicant and General Trust of Canada, as intervenors, respondent assigned, transferred and pledged as a guarantee of its obligations all its rights under contract R-1;

55. A copy of this trust deed registered in Montreal on May 20, 1969 as No. 2138791 is filed herewith as Exhibit R-13;

56. Under the terms of trust deed R-13, a default under contract R-1 could constitute a breach with all the resultant consequences;

Before considering the conclusions sought by *Hydro-Québec* in its motion for a declaratory judgment, it should be noted that certain of the preceding allegations were overtaken by events, as can be seen in part from a decision of the Newfoundland Court of Appeal referred to by Mont-

totalement leur juridiction sur le litige tel qu'engagé et elle a même appuyé les prétentions du mis-en-cause, le Procureur Général de la province de Terre-Neuve, à l'encontre de la motion R-11;

49. La Requérante a intérêt à faire adjuger immédiatement sur ses droits en vertu du contrat R-1 vu que l'Intimée peut toujours se conformer à l'arrêté-en-conseil pièce R-6, volontairement ou autrement, ce qui affectera les droits de la Requérante et réduira sa capacité de pourvoir aux besoins énergétiques futurs de la province de Québec;

50. La Requérante doit faire adjuger dès maintenant sur ses droits en vertu du contrat R-1 afin de planifier pour répondre dans l'avenir aux besoins de la province de Québec en matière d'énergie électrique;

51. Les droits de la Requérante en vertu du contrat R-1 sont mis en cause devant une juridiction à laquelle elle ne reconnaît aucune compétence en la matière;

52. Or, tel qu'il appert de l'action pièce R-9 le mis-en-cause le Procureur Général de la province de Terre-Neuve a voulu intimement lier dans son action l'adjudication sur les prétendus droits du Gouvernement de la province de Terre-Neuve en vertu du bail pièce R-5 et de l'arrêté-en-conseil pièce R-6 à l'adjudication sur les droits et obligations de la Requérante et de l'Intimée en vertu du contrat R-1;

53. La mise-en-cause, The Royal Trust Company, est partie intéressée tout comme le mis-en-cause, le Trust Général du Canada, en raison des facteurs suivants;

54. Par acte de fiducie conforme aux lois de la province de Québec et passé le 15 mai 1969 entre l'Intimée, la mise-en-cause The Royal Trust Company, comme fiduciaire de la Province de Terre-Neuve, la Requérante et le Trust Général du Canada, comme intervenants, l'Intimée a cédé, transporté et mis en gage comme garantie de ses obligations tous ses droits en vertu du contrat R-1;

55. Une copie de cet acte de fiducie enregistré à Montréal le 20 mai 1969 sous le no. 2138791 est produite avec les présentes comme pièce R-13;

56. Or, en vertu des termes de cet acte de fiducie pièce R-13 un défaut en vertu du contrat R-1 pourrait constituer un événement de défaut avec toutes les conséquences qui en découlent;

Avant d'en arriver aux conclusions recherchées par l'*Hydro-Québec* dans sa requête pour jugement déclaratoire, il convient d'observer que certaines des allégations qui précèdent ont été dépassées par les événements, comme on peut s'en rendre compte en partie par un arrêt de la Cour

gomery J.A. in the Court of Appeal, which has now been reported: *Attorney-General of Newfoundland v. Churchill Falls (Labrador) Corp.* (1980), 109 D.L.R. (3d) 146.

The judgment rendered by Goodridge J. referred to in allegation No. 44 was affirmed by the Newfoundland Court of Appeal, and leave to appeal to this Court was refused on June 29, 1978, [1978] 1 S.C.R. xi. However, the principal effect of that decision is to confirm the order for service *ex juris* of *Newfoundland's* pleadings on *Hydro-Québec*.

The remedy sought by *Hydro-Québec* in the proceeding described in allegation No. 42 was obtained in part in a subsequent proceeding: conclusions (d), (e) and (f) of *Newfoundland's* action, cited in allegation No. 35, were ordered struck out by the decision in *Attorney-General of Newfoundland v. Churchill Falls (Labrador) Corp., supra.* However, the allegations on which these conclusions were based were not themselves struck out, in case they might assist in ruling on the conclusions that had not been struck out.

The following were the conclusions sought by *Hydro-Québec* in its motion for a declaratory judgment:

[TRANSLATION] STATE AND DECLARE that under contract R-1 only the Courts of the Judicial District of Montreal, subject to the right of appeal to the Supreme Court of Canada, are competent to adjudge disputes between the parties arising out of that contract;

STATE AND DECLARE that under contract R-1 applicant is obliged to purchase and respondent obliged to sell and deliver to applicant all the electrical power and energy that can be generated by the hydro-electric plant currently operated by respondent at Churchill Falls, on the Churchill River, in accordance with the provisions of paragraphs 2.1, 6.2, 6.4 and 6.6 of contract R-1;

STATE AND DECLARE that the failure by respondent to sell and deliver to applicant all the electrical power and energy that can be generated by the hydro-electric plant currently operated by respondent at Churchill Falls, on the Churchill River, in accordance

d'appel de Terre-Neuve auquel réfère le juge Montgomery en Cour d'appel et qui est maintenant publié: *Attorney-General of Newfoundland v. Churchill Falls (Labrador) Corp.* (1980), 109 D.L.R. (3d) 146.

Le jugement rendu par le juge Goodridge et dont il est question à l'allégation n° 44 a été confirmé par la Cour d'appel de Terre-Neuve et l'autorisation d'interjeter appel à cette Cour a été refusée le 29 juin 1978, [1978] 1 R.C.S. xi. Cependant, l'effet principal de cet arrêt se limite surtout à confirmer l'ordonnance de la signification *ex juris* des procédures de *Terre-Neuve* à l'*Hydro-Québec*.

Par ailleurs, le remède que l'*Hydro-Québec* recherchait par la procédure décrite à l'allégation n° 42 a été obtenu en partie par une procédure subséquente: les conclusions (d), (e) et (f) de l'action de *Terre-Neuve*, citées à l'allégation n° 35, ont été rayées par l'arrêt *Attorney-General of Newfoundland v. Churchill Falls (Labrador) Corp.* précité. Cependant, les allégations sur lesquelles ces conclusions se fondaient n'ont pas, elles, été rayées, au cas où elles pourraient aider à la détermination des conclusions qui n'ont pas été rayées.

Voici maintenant les conclusions recherchées par l'*Hydro-Québec* dans sa requête pour jugement déclaratoire:

DIRE et DECLARER qu'en vertu du contrat R-1 seules les Cours du district judiciaire de Montréal, sous réserve du droit d'appel à la Cour Suprême du Canada, ont juridiction pour adjuger sur tout litige entre les parties en vertu de ce contrat;

DIRE et DECLARER qu'en vertu du contrat R-1, la Requérante a l'obligation d'acheter et l'Intimée l'obligation de vendre et livrer à la Requérante toute la puissance et toute l'énergie électriques que peut générer la centrale hydroélectrique actuelle opérée par l'Intimée aux Chutes Churchill sur la Rivière Churchill et ce, conformément aux dispositions des paragraphes 2.1, 6.2, 6.4 et 6.6 du contrat pièce R-1;

DIRE et DECLARER que le défaut par l'Intimée de vendre et de livrer à la Requérante toute la puissance et l'énergie électriques que peut générer la centrale hydro-électrique actuelle opérée par l'Intimée aux Chutes Churchill sur la Rivière Churchill conformément à la

with the foregoing conclusion constitutes a breach of contract under contract R-1;

DECLARE the judgment to be rendered on the present motion to be applicable to the mis-en-cause;

II—The declinatory exception

1. The judgment of the Superior Court

The trial judge allowed the declinatory exception chiefly on the ground that arts. 94 *et seq.* of the *Code of Civil Procedure* respecting proceedings concerning the Crown apply only to the rights of Her Majesty in right of the Province of Quebec and that there is no legislative provision permitting one to implead the Crown in right of Newfoundland before the Quebec courts. He thus seems to have relied on the principle of Crown immunity in British and Canadian public law. This is not absolutely clear, however, since he also refers to the distinction between *acta gestionis* and *acta imperii*, a distinction discussed in public international law with reference to the immunity of sovereign states: *Gouvernement de la République démocratique du Congo v. Venne*, [1971] S.C.R. 997.

2. The decision of the Court of Appeal

The main reasons of the Court of Appeal were written by Monet J.A. After stating that the rules of international law with respect to immunity must not be confused with those of domestic public law, he characterized *Newfoundland's* actions as *acta gestionis*. (Montgomery J.A. expressed some doubt on this point, in supplementary reasons.) Monet J.A. then went on to hold that if *Newfoundland* did indeed have immunity, its intermeddling in the contractual affairs of *Churchill Falls* and *Hydro-Québec* prevented it from invoking such immunity. He also noted that the petition of right had been abolished a number of years ago and that the motion for a declaratory judgment was based principally on contractual undertakings made in Montreal, and decided that the Montreal courts had jurisdiction in view of art. 68 of the *Code of Civil Procedure*.

3. Arguments made by Newfoundland

In support of its declinatory exception and against the decision of the Court of Appeal, *New-*

conclusion précédente constituerait un bris de contrat en vertu du contrat R-1;

DECLARER le jugement à être rendu sur la présente requête opposable aux mis-en-cause;

II—L'exception déclinatoire

1. Le jugement de la Cour supérieure

Le premier juge a maintenu l'exception déclinatoire au motif principal que les art. 94 et suiv. du *Code de procédure civile* relatifs aux causes intéressant le ministère public ne s'appliquent qu'aux droits de Sa Majesté du chef de la province de Québec et qu'aucun texte de loi ne permet d'assigner la Couronne du chef de Terre-Neuve devant les tribunaux du Québec. Il paraît donc s'appuyer sur le principe de l'immunité de la Couronne en droit public britannique et canadien. Ce n'est pas absolument clair cependant, car il réfère aussi à la distinction entre les *acta gestionis* et les *acta imperii*, une distinction qui est discutée en droit international public quand il est question de l'immunité des états souverains: *Gouvernement de la République démocratique du Congo c. Venne*, [1971] R.C.S. 997.

2. L'arrêt de la Cour d'appel

Les motifs principaux de la Cour d'appel ont été rédigés par le juge Monet. Après avoir affirmé qu'il ne faut pas confondre entre les règles de droit international en matière d'immunité et le droit public interne, il qualifie les faits et gestes de *Terre-Neuve* comme des *acta gestionis*. (Le juge Montgomery exprime un doute à ce sujet, dans des motifs supplémentaires). Le juge Monet poursuit en tenant que si tant est que *Terre-Neuve* aît une immunité, son immixtion dans les affaires contractuelles de *Churchill Falls* et de l'*Hydro-Québec* l'empêche de l'invoquer. Il observe également que la «*petition of right*» est abolie depuis plusieurs années, que la requête pour jugement déclaratoire est fondée principalement sur des engagements contractuels conclus à Montréal et il décide que les tribunaux de Montréal sont compétents vu l'art. 68 du *Code de procédure civile*.

3. Moyens soulevés par Terre-Neuve

A l'appui de son exception déclinatoire et à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel, *Terre-*

*foundland* raised two arguments it had already made at trial and on appeal.

The first argument: under common law public law, the Crown in right of the Province of Newfoundland enjoys a complete immunity that deprives the Quebec courts of any jurisdiction except with the Crown's *fiat*. No legislation has eliminated or derogated from this immunity.

The second argument: in view of art. 68 of the *Code of Civil Procedure*, the Superior Court of the district of Montreal has no jurisdiction over Newfoundland even if the latter is to be regarded as a mere individual with no form of immunity.

The second argument is well-founded, in my view. I shall not deal with the first one.

4. Article 68 of the *Code of Civil Procedure*

This article reads as follows:

**68.** Subject to the provisions of articles 70, 71, 74 and 75, and notwithstanding any agreement to the contrary, a purely personal action may be instituted:

1. Before the court of the defendant's real domicile or, in the cases contemplated by article 85 of the Civil Code, before that of his elected domicile.

If the defendant has no domicile in the Province but resides or possesses property therein, he may be sued before the court of his ordinary residence, before the court of the place where such property is situated, or before the court of the place where the action is personally served upon him;

2. Before the court of the place where the whole cause of action has arisen; or, in an action for libel published in a newspaper, before the court of the district where the plaintiff resides if the newspaper has circulated therein;

3. Before the court of the place where the contract which gives rise to the action was made.

A contract giving rise to an obligation to deliver, negotiated through a third party who was not the representative of the creditor of such obligation, is deemed to have been made at the place where the latter gave his consent.

The Court of Appeal does not specify which of the paragraphs of this article, in its view, gives the Superior Court of the district of Montreal jurisdiction over *Newfoundland*. In his reasons Monet J.A. nonetheless states that the motion for a declaratory judgment [TRANSLATION] "is based essentially on contractual undertakings made in

*Neuve* soulève les deux moyens qu'elle a déjà plaidés en première instance et en appel.

Le premier moyen: en vertu du «common law» de droit public, la Couronne du chef de la Province de Terre-Neuve jouit d'une immunité complète qui prive les tribunaux du Québec de toute juridiction sur elle sauf avec son *fiat*. Aucune loi n'a supprimé ou amoindri cette immunité.

Le second moyen: vu l'article 68 du *Code de procédure civile*, la Cour supérieure du district de Montréal n'a pas juridiction sur Terre-Neuve même si celle-ci doit être considérée comme un simple particulier ne jouissant d'aucune espèce d'immunité.

Le second moyen est bien fondé à mon avis. Je m'abstiendrai de traiter du premier.

4. L'article 68 du *Code de procédure civile*

Cet article se lit comme suit:

**68.** Sous réserve des dispositions des articles 70, 71, 74 et 75, et nonobstant convention contraire, l'action purement personnelle peut être portée:

1. Devant le tribunal du domicile réel du défendeur, ou, dans les cas prévus à l'article 85 du Code civil, devant celui de son domicile élu.

Si le défendeur n'est pas domicilié dans la province, mais qu'il y réside ou y possède des biens, il peut être assigné soit devant le tribunal de sa résidence, soit devant celui où se trouvent ces biens, soit devant celui du lieu où la demande lui est signifiée en mains propres;

2. Devant le tribunal du lieu où toute la cause d'action a pris naissance; ou, dans le cas d'une action fondée sur un libelle de presse, devant le tribunal du district où réside le demandeur, lorsque l'écrit y a circulé;

3. Devant le tribunal du lieu où a été conclu le contrat qui donne lieu à la demande.

Le contrat d'où résulte une obligation de livrer, et qui a été négocié par l'entremise d'un tiers qui n'était pas le représentant du créancier de cette obligation, est tenu pour avoir été conclu au lieu où ce dernier a donné son consentement.

La Cour d'appel n'indique pas de façon spécifique lequel des alinéas de cet article donne, selon elle, à la Cour supérieure du district de Montréal juridiction sur *Terre-Neuve*. Dans un passage de ses motifs, le juge Monet souligne néanmoins que la requête pour jugement déclaratoire «se fonde essentiellement sur des engagements contractuels

Montreal". He thus seems to find the source of the Montreal courts' jurisdiction in para. 3 of art. 68 of contract R-1 dated May 12, 1969 (the *Power Contract*) referred to in allegations 1 and 3, *supra*, *inter alia*, of *Hydro-Québec's* motion for a declaratory judgment. This is also the position taken by *Hydro-Québec* in its memorandum.

However, this contract was between *Hydro-Québec* and *Churchill Falls*. *Newfoundland* is not a party to it. *Newfoundland* is a party to the lease it granted to *Churchill Falls* on May 16, 1961, as stated in allegation No. 28, *supra*, of the motion for a declaratory judgment. However, *Hydro-Québec* is not a party to that lease, which moreover is not covered by the motion for a declaratory judgment, even though it is referred to in the allegations.

I do not see how, in a purely personal matter, *Newfoundland* could be impleaded before the Montreal courts on the basis of a contract, the *Power Contract*, to which it is a total stranger. The jurisdiction *ratione personae* over *Churchill Falls* which the *Power Contract* confers on the Superior Court does not extend to *Newfoundland*. As Collier J. rightly stated in *Union Oil Co. of Canada Ltd. v. The Queen in right of Canada* (1974), 52 D.L.R. (3d) 388, in a note at the foot of p. 393:

> The fact that one defendant is properly before the Court, and another party may be a necessary or desirable defendant, does not confer jurisdiction.

(His judgment was affirmed by the Federal Court of Appeal, [1976] 1 F.C. 74.)

The Court of Appeal referred to *Newfoundland's* actions, which it characterized as intermeddling in the *Power Contract*. These actions are *Newfoundland's* Order in Council, dated August 6, 1976, cited in allegation No. 31, *supra*, of *Hydro-Québec's* motion for a declaratory judgment, and the declaratory action instituted by *Newfoundland* with respect to *Churchill Falls* and *Hydro-Québec* on September 13, 1976, referred to in allegation No. 35, *supra*, of *Hydro-Québec's* motion. The Court of Appeal held that this

conclus à Montréal». Il paraît donc trouver la source de la juridiction des tribunaux de Montréal dans l'al. 3 de l'art. 68 et le contrat R-1 du 12 mai 1969 (le *Contrat d'énergie*) dont il est question dans les allégations 1 et 3, précitées, entre autres, de la requête de l'*Hydro-Québec* pour jugement déclaratoire. C'est également ce que soutient l'*Hydro-Québec* dans son mémoire.

Mais ce contrat est intervenu entre l'*Hydro-Québec* et *Churchill Falls*. *Terre-Neuve* n'y est pas partie. *Terre-Neuve* est partie au bail qu'elle a consenti à *Churchill Falls* le 16 mai 1961, comme il est dit à l'allégation nº 28, précitée de la requête pour jugement déclaratoire. Mais l'*Hydro-Québec*, elle, n'est pas partie à ce bail qui d'ailleurs n'est pas visé par la requête pour jugement déclaratoire, même s'il en est question dans les allégations.

Je ne vois pas comment, en matière purement personnelle, on pourrait traduire *Terre-Neuve* devant les tribunaux de Montréal sur la base d'un contrat, le *Contrat d'énergie*, auquel elle est totalement étrangère. La juridiction *ratione personae* sur *Churchill Falls* que le *Contrat d'énergie* confère à la Cour supérieure ne s'étend pas à *Terre-Neuve*. C'est avec raison que le juge Collier écrit dans *Union Oil Co. of Canada Ltd. v. The Queen in right of Canada* (1974), 52 D.L.R. (3d) 388, en note au bas de la p. 393:

> [TRADUCTION] Le fait qu'un défendeur ait correctement été cité devant la Cour et qu'une autre partie puisse être un défendeur nécessaire ou souhaitable, ne confère pas pour autant le compétence.

(Son jugement a été confirmé par la Cour d'appel fédérale, [1976] 1 C.F. 74.)

D'autre part, la Cour d'appel réfère aux faits et gestes de *Terre-Neuve* qu'elle qualifie d'immixtion dans le *Contrat d'énergie*. Ces faits et gestes sont l'arrêté-en-conseil de *Terre-Neuve*, en date du 6 août 1976 cité dans l'allégation nº 31, précitée de la requête de l'*Hydro-Québec* pour jugement déclaratoire, et l'action déclaratoire intentée par *Terre-Neuve* à *Churchill Falls* et à l'*Hydro-Québec* le 13 septembre 1976, et dont il est question à l'allégation nº 35, précitée, de la requête de l'*Hydro-Québec*. La Cour d'appel tient que cette

intermeddling would prevent *Newfoundland* from invoking its immunity, if any, or, it seems, that it would link *Newfoundland* with the *Power Contract* in some way.

*Hydro-Québec* reiterated this argument in its memorandum, maintaining that the positions taken by *Newfoundland* mean that the *Power Contract* can be set up against it, at least for purposes of its interpretation.

Counsel for *Newfoundland*, for his part, conceded in his memorandum that *Newfoundland's* Order in Council dated August 6, 1976 is likely to affect the *Power Contract*, something which seems possible if the lease of May 16, 1961 is to be given the interpretation advocated by *Newfoundland*. The same could probably be said of the declaratory action instituted by *Newfoundland* with respect to *Churchill Falls* and *Hydro-Québec*. Counsel for *Newfoundland* argued, however, and correctly so, in my view, that these possible repercussions of *Newfoundland's* actions on the *Power Contract* do not have the effect of conferring jurisdiction on the Superior Court for the district of Montreal under art. 68 of the *Code of Civil Procedure*. Neither do they make it possible to set up the *Power Contract* against *Newfoundland*.

Whatever interpretation is to be given to the *Power Contract*, *Newfoundland* cannot have any rights or obligations under that contract, to which, I repeat, it is a complete stranger. It is conceivable that *Newfoundland* has rights under the lease of May 16, 1961, and it is these rights that it was trying to assert by the Order in Council of August 6, 1976 and the declaratory action it instituted with respect to *Churchill Falls* and *Hydro-Québec*.

However, I do not see how an Order in Council made in Newfoundland, the validity of which is not disputed, or judicial proceedings instituted in Newfoundland and contested in Newfoundland, could confer jurisdiction *ratione personae* over *Newfoundland* on the Superior Court for the district of Montreal, by reason of their possible impact on a contract to which *Newfoundland* is not a party.

immixtion empêcherait *Terre-Neuve* d'invoquer son immunité, s'il en est, ou, semble-t-il, qu'elle relierait de quelque façon *Terre-Neuve* au *Contrat d'énergie*.

L'*Hydro-Québec* reprend cet argument dans son mémoire en soutenant que les prises de position de *Terre-Neuve* ont pour effet de lui rendre le *Contrat d'énergie* opposable au moins pour les fins de son interprétation.

Le procureur de *Terre-Neuve*, pour sa part, concède dans son mémoire que l'arrêté-en-conseil de *Terre-Neuve* en date du 6 août 1976 est susceptible d'affecter le *Contrat d'énergie* ce qui paraît possible si le bail du 16 mai 1961 doit recevoir l'interprétation que *Terre-Neuve* soutient. On peut probablement en dire autant de l'action déclaratoire intentée par *Terre-Neuve* à *Churchill Falls* et à l'*Hydro-Québec*. Mais le procureur de *Terre-Neuve* plaide avec raison selon moi que ces répercussions possibles sur le *Contrat d'énergie* d'actes posés à Terre-Neuve n'ont pas pour effet de conférer juridiction à la Cour supérieure du district de Montréal en vertu de l'art. 68 du *Code de procédure civile*. Ils ne rendent pas non plus le *Contrat d'énergie* opposable à *Terre-Neuve*.

Quelle que soit l'interprétation qui doit être donnée au *Contrat d'énergie*, *Terre-Neuve* ne peut avoir aucun droit ni se voir imposer aucune obligation en vertu de ce contrat, qui, encore une fois, lui est complètement étranger. Il est concevable que *Terre-Neuve* aît des droits en vertu du bail du 16 mai 1961, et ce sont ces droits qu'elle essaie de faire valoir par l'arrêté-en-conseil du 6 août 1976 et l'action déclaratoire qu'elle a intentée à *Churchill Falls* et à l'*Hydro-Québec*.

Mais je ne vois pas comment un arrêté-en-conseil passé à Terre-Neuve, dont la validité n'est pas contestée, et des procédures judiciaires intentées à Terre-Neuve et contestées à Terre-Neuve pourraient conférer juridiction *ratione personae* sur *Terre-Neuve*, à la Cour supérieure du district de Montréal, à cause de leur impact possible sur un contrat auquel *Terre-Neuve* n'est pas partie.

The Court of Appeal also observed that the Superior Court judgment is silent about [TRANSLATION] "the obligations assumed by Newfoundland in the trust contract (Exhibit R-13)".

This was a trust deed entered into by *Churchill Falls* and the Royal Trust Company on May 15, 1969. *Hydro-Québec*, under section 24, *Newfoundland*, under section 25, and General Trust of Canada, under section 26, intervened in it.

By its comment the Court of Appeal seems to suggest that this deed, which involved all the parties and which is related to the *Power Contract*, could confer jurisdiction on the Superior Court. *Hydro-Québec* argued in its memorandum in this regard that this trust deed indicates the advantage there would be in having the judgment on the motion for a declaratory judgment applicable to all parties.

It should be said first that the fact that it seems desirable for a certain court to have jurisdiction does not create such jurisdiction.

It should also be stated that the motion for a declaratory judgment does not apply to this trust deed and does not in any way require its interpretation. *Hydro-Québec* acknowledges this in its memorandum, moreover.

Furthermore, there is reason to doubt, in principle, that art. 68 of the *Code of Civil Procedure* allows a court to assume jurisdiction over a contract that is outside its jurisdiction simply because it is related to another contract which is within its jurisdiction. The Court of Appeal has already decided this by a majority in *Gignac v. Siscoe Metals Ltd.*, [1944] Que. K.B. 192. The relevant provision at the time was art. 94(5) of the *Code of Civil Procedure*, now replaced by art. 68(3). McDougall J. wrote at pp. 198-99:

> The first rule of art. 94, and the rule which I take to be the general rule, is that a party is summoned before the Court of his domicile. Jurisdiction of the Courts other than those of the domicile are by way of exception in special cases. The history of art. 94 shows that jurisdiction based on grounds other than domicile was introduced by amendments from time to time. At least

La Cour d'appel observe également que le jugement de la Cour supérieure est muet sur «les obligations assumées par Terre-Neuve dans le contrat de trust, (pièce R-13)».

Il s'agit d'un acte de fiducie conclu entre *Churchill Falls* et la Compagnie Trust Royal, le 15 mai 1969. Y sont intervenus, en vertu de l'article 24, l'*Hydro-Québec*, en vertu de l'article 25, *Terre-Neuve*, et en vertu de l'article 26, le Trust Général du Canada.

Par son observation, la Cour d'appel paraît suggérer que cet acte, qui implique toutes les parties et qui est relié au *Contrat d'énergie*, pourrait avoir pour conséquence de conférer juridiction à la Cour supérieure. L'*Hydro-Québec* plaide à ce sujet dans son mémoire que cet acte de fiducie fait voir l'intérêt qu'il y aurait à ce que le jugement sur la requête pour jugement déclaratoire soit opposable à toutes les parties.

Disons tout de suite que le fait qu'une juridiction paraisse souhaitable n'a pas pour effet de la créer.

Disons ensuite que la requête pour jugement déclaratoire ne vise pas cet acte de fiducie et n'en demande aucunement l'interprétation. L'*Hydro-Québec* le reconnaît d'ailleurs dans son mémoire.

Au surplus, il y a lieu de douter, en principe, que l'art. 68 du *Code de procédure civile* permette à une cour de se reconnaître juridiction sur un contrat qui échappe à sa juridiction tout simplement parce qu'il est relié à un autre contrat qui lui, tombe sous sa juridiction. La Cour d'appel l'a déjà décidé dans un arrêt majoritaire, *Gignac c. Siscoe Metals Ltd.*, [1944] B.R. 192. La disposition pertinente à l'époque était l'art. 94(5) du *Code de procédure civile*, maintenant remplacé par l'art. 68(3). Le juge McDougall écrit aux pp. 198 et 199:

> [TRADUCTION] La première règle énoncée par l'art. 94, celle que je considère comme le principe général, veut qu'une partie soit assignée devant le tribunal de son domicile. La juridiction des tribunaux autres que ceux du domicile est une juridiction d'exception dans des cas particuliers. L'historique de l'art. 94 fait voir que la juridiction fondée sur d'autres motifs que le domicile a

there is no doubt that s. 5 was introduced long after the original article.

Sect. 5 merely refers to "the contract" and, in cases such as the one now under consideration, where two contracts are required to complete the chain between the appellant and respondent, if s. 5 is to be applied, one of them must govern. By the contract of 1942, respondent agreed to pay the royalty payable under the contract of 1924. Without the contract of 1942, there would be no *lien de droit* between the appellant and respondent, and, failing some express provision or implication that the general rule of art. 94 would not apply, I can see no reason for holding that, so far as respondent is concerned, the 1924 contract is "the contract" within the meaning of s. 5. There is nothing in the contract of 1942 which would take it out of the general rule. However, appellant urges that the clause of the contract dealing with notices is sufficient. That clause cannot be extended beyond its express terms and cannot apply to give jurisdiction to the Courts. On the whole, in my opinion, the better view is that the contract which will govern is the contract whereby respondent became obligated to appellant.

When s. 5 speaks of the contract it contemplates the usual case of a contract entered into by the parties to the action. Now the present action is one between one of the parties to the 1924 contract and one of the parties to the 1942 contract. Appellant is not a party to the 1942 contract, and respondent is not a party to the 1924 contract. There is, therefore, no common contract, and the condition of s. 5 is not complied with, unless it be said that appellant, by his action, accepted the stipulation and thus became a party to the 1942 contract, making it the common contract. If this is so, the action having been served in Montreal, that would be the place of the contract, and jurisdiction of the Court in the district of Quebec would be denied. If the premise that there is no common contract is sound, there would at least be grave doubt whether s. 5 applies, and as the section is one of exception, I would interpret it strictly and in favour of respondent.

St-Jacques J. seems to have been in agreement with McDougall J., and the other judges of the majority did not express any disagreement.

Be that as it may, what is decisive in the case at bar are the actual provisions of the trust deed. *Hydro-Québec*'s intervention in this deed is governed by section 24.01, paragraph (13) of which provides that the rights and obligations arising

été adoptée par des modifications apportées à l'occasion. Il est pour le moins évident que le par. 5 a été adopté longtemps après l'article initial.

Le paragraphe 5 parle simplement du «contrat» et dans les cas semblables à ceux de l'espèce, où il faut deux contrats pour établir le lien entre l'appelant et l'intimée, s'il faut appliquer le par. 5, un des deux contrats doit prévaloir. Par le contrat de 1942, l'intimée a convenu de payer les redevances dues en vertu du contrat de 1924. Sans le contrat de 1942, il n'y aurait pas de lien de droit entre l'appelant et l'intimée et, à défaut de disposition expresse ou implicite que la règle générale de l'art. 94 ne s'applique pas, je ne puis voir de motif de statuer qu'à l'égard de l'intimée, le contrat de 1924 est «le contrat» au sens du par. 5. Rien dans le contrat de 1942 n'a pour effet de la soustraire à la règle générale. L'appelant soutient cependant que la clause du contrat relative aux avis est suffisante. La clause ne peut avoir une portée plus étendue que son texte exprès et elle ne peut s'appliquer pour donner juridiction aux tribunaux. Dans l'ensemble, je crois qu'il vaut mieux conclure que le contrat qui s'appliquera est celui par lequel l'intimée est devenue obligée envers l'appelant.

Lorsque le par. 5 parle du contrat, il vise le cas normal d'un contrat intervenu entre les parties à l'action. Or, il s'agit d'une action entre une des parties au contrat de 1924 et une des parties au contrat de 1942. L'appelant n'est pas partie au contrat de 1942 et l'intimée n'est pas partie au contrat de 1924. Il n'y a donc pas de contrat commun et la condition du par. 5 n'est pas remplie à moins que l'on affirme que par son action l'appelant a accepté cette disposition et qu'en conséquence il est devenu partie au contrat de 1942, faisant de celui-ci le contrat commun. Si tel est le cas, vu que l'action a été signifiée à Montréal, ce serait là le lieu du contrat et le tribunal du district de Québec n'aurait pas juridiction. Si l'affirmation qu'il n'y a pas de contrat commun est fondée, il y a pour le moins de graves doutes quant à l'applicabilité du par. 5 et, puisque le paragraphe est une disposition d'exception, je suis d'avis de l'interpréter strictement, en faveur de l'intimée.

Le juge St-Jacques paraît être d'accord avec le juge McDougall, et les autres juges de la majorité n'expriment pas de désaccord.

Quoi qu'il en soit, ce qui est décisif en l'espèce, ce sont les dispositions mêmes de l'acte de fiducie. L'intervention de l'*Hydro-Québec* à cet acte est régie par l'article 24.01 dont l'alinéa (13) prescrit que les droits et obligations résultant de cet article

under this section shall be interpreted in accordance with the laws of Quebec and shall be adjudicated by the courts of the district of Montreal.

As for the intervention of *Newfoundland*, it is governed by section 25.01, paragraph (9) of which reads as follows:

(9) All rights and obligations arising under this Section 25.01 shall at all time and in all respects be governed by, and interpreted in accordance with, the laws of the Province of Newfoundland and the only courts competent to adjudge disputes arising under this Section 25.01 are, subject to appeal to the Supreme Court of Canada, where such appeal lies, the courts of Newfoundland.

This provision deprives the courts of the district of Montreal of jurisdiction in so far as *Newfoundland's* intervention in the trust deed is concerned and prevents this intervention from being linked with the *Power Contract* so as to confer jurisdiction over *Newfoundland* on the Superior Court.

In its memorandum *Hydro-Québec* argued that by serving *Newfoundland* with its motion for a declaratory judgment, it was merely complying with art. 454 of the *Code of Civil Procedure*, which provides that the motion must be served "upon all interested persons and all parties to the document".

It is not obvious that *Newfoundland* is an "interested person" within the meaning of this provision since it is not a party "to the document", namely the *Power Contract*. Even if we admit, however, for purposes of discussion, that *Newfoundland* has an interest in the motion since the latter deals with certain actions on its part, and that *Newfoundland* could or should be served with it, and that it could have accepted the jurisdiction, the requirements of art. 454 were greatly exceeded. *Hydro-Québec* did not merely serve the motion on *Newfoundland*. It sought specific conclusions against it, by asking that the judgment be made applicable to it. Article 456 of the *Code of Civil Procedure* reads as follows:

**456.** A declaratory judgment rendered in accordance with this chapter has the same effect and is subject to the same recourses as any other final judgment.

seront interprétés selon les lois du Québec et relèvent de la juridiction des tribunaux du district de Montréal.

Quant à l'intervention de *Terre-Neuve*, elle est régie par l'article 25.01 dont l'alinéa (9) se lit comme suit:

[TRADUCTION] (9) Tous les droits et obligations qui naîtront du présent article 25.01 seront tous et toujours régis par les lois de la province de Terre-Neuve et interprétés selon ces dites lois et les seuls tribunaux compétents pour se prononcer sur les différends qui pourraient naître au sujet dudit article 25.01, sous réserve d'appel à la Cour suprême du Canada, lorsque ce droit d'appel existe, seront les tribunaux de Terre-Neuve.

Cette disposition exclut la juridiction des tribunaux du district de Montréal en autant que l'intervention de *Terre-Neuve* à l'acte de fiducie est concernée et empêche que l'on relie cette intervention au *Contrat d'énergie* de façon à conférer juridiction sur *Terre-Neuve* à la Cour supérieure.

Dans son mémoire, l'*Hydro-Québec* plaide qu'en signifiant à *Terre-Neuve* sa requête pour jugement déclaratoire, elle n'a fait que se conformer à l'art. 454 du *Code de procédure civile* qui prescrit que la requête doit être signifiée «à toutes les personnes intéressées ainsi qu'à toutes les parties à l'acte».

Il n'est pas évident que *Terre-Neuve* soit une «personne intéressée» au sens de cette disposition car elle n'est pas une partie «à l'acte» savoir, le *Contrat d'énergie*. Mais même en admettant, pour les fins de la discussion, que *Terre-Neuve* aît un intérêt dans la requête puisqu'il y est question de certains gestes qu'elle a posés, et que l'on pouvait ou devait la lui signifier, et que *Terre-Neuve* aurait pu accepter la juridiction, on est allé bien au-delà des exigences de l'art. 454. L'*Hydro-Québec* ne s'est pas contentée de signifier la requête à *Terre-Neuve*. Elle a pris des conclusions spécifiques contre elle en demandant que le jugement lui soit opposable. Or, l'art. 456 du *Code de procédure civile* prescrit:

**456.** Le jugement déclaratoire rendu, en vertu de la disposition du présent chapitre a les mêmes effets et est sujet aux mêmes recours que tout autre jugement final.

For all practical purposes and despite the fact that *Newfoundland* was designated as a mis en cause, such proceedings make the latter a co-defendant. *Newfoundland* was thus impleaded mandatorily before the Superior Court, where it was declared that the judgment to be rendered would be binding on it.

Montgomery J.A. stated with regard to this conclusion specifically sought by *Hydro-Québec* against *Newfoundland* that it should perhaps not be granted [at p. 210]:

> It may be that this conclusion should not be granted, but it does not follow that the proceedings should be dismissed as far as Newfoundland is concerned. That province obviously has a lively interest in the present proceedings and should be a party thereto.

It is possible that *Newfoundland* does in fact have a lively interest in the motion for a declaratory judgment, but, and I say this respectfully, that is not sufficient to confer jurisdiction on the courts of the district of Montreal without *Newfoundland's* consent.

In its memorandum *Hydro-Québec* referred the Court to several decisions and judgments, including: *Porter Co. v. Constructions du St-Laurent Ltée.*, [1952] Que. Q.B. 662; *Edelstein v. Kert Manufacturing Co.*, [1970] R.P. 179; *Procon (Great Britain) Ltd. v. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565. The first two cases decided that it is the court of the place of the contract which is competent to hear a claim for breach of contract, rather than the court of the place where the contract was breached. In the third case a declinatory exception was dismissed even though the action was not instituted in the court of the place of the contract because the action was based on extra-contractual fault.

None of these decisions supports *Hydro-Québec's* position; in none of them was it decided that a contract may confer jurisdiction over a person who is not a party to it.

5. Conclusion

I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal and restore the judgment

De telles procédures équivalent à toutes fins pratiques et malgré la désignation de mise en cause qui est utilisée pour *Terre-Neuve*, à faire de celle-ci une co-intimée. C'est donc de façon coercitive que *Terre-Neuve* se trouve traduite devant la Cour supérieure pour s'y voir déclarer opposable le jugement à intervenir.

Le juge Montgomery remarque, à propos de cette conclusion spécifiquement recherchée par l'*Hydro-Québec* contre *Terre-Neuve*, qu'elle ne devrait peut-être pas être accordée [à la p. 210]:

> [TRADUCTION] Il se peut qu'il faille refuser cette demande, mais il ne s'ensuit pas qu'il faut rejeter les procédures pour autant que Terre-Neuve est visée. Cette province a de toute évidence un intérêt vital dans les présentes procédures et devrait y être partie.

Il se peut que *Terre-Neuve* soit fort intéressée en fait dans la requête pour jugement déclaratoire, mais, je le dis avec égard, cela ne suffit pas à conférer juridiction sur elle, sans son consentement, aux cours du district de Montréal.

Dans son mémoire, l'*Hydro-Québec* nous a référés à plusieurs arrêts et jugements dont les suivants: *Porter Co. c. Constructions du St-Laurent Ltée*, [1952] B.R. 662; *Edelstein c. Kert Manufacturing Co.*, [1970] R.P. 179; *Procon (Great Britain) Ltd. c. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565. Les deux premiers décident que c'est le tribunal du lieu du contrat qui est compétent pour juger d'une réclamation pour bris de contrat plutôt que le tribunal du lieu où le contrat a été violé. Dans la troisième affaire, on rejette une exception déclinatoire quoique l'action n'aît pas été intentée devant le tribunal du lieu du contrat parce que c'est sur une faute extra-contractuelle que le recours se fonde.

Aucune de ces décisions ne supporte la position de l'*Hydro-Québec*: dans aucune d'entre elles a-t-on décidé qu'un contrat peut être attributif de juridiction à l'encontre d'une personne qui lui est étrangère.

5. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le juge-

of the Superior Court, with costs throughout.

III—The motion to dismiss

1. Judgment of the Superior Court

The Superior Court granted the motion to dismiss. The trial judge was of the opinion that in order for the Court to be required to provide a solution to a problem in a declaratory judgment, the problem would have to be one of law and not of fact resulting from the action of a third party.

Although in the case at bar *Hydro-Québec* is in fact somewhat concerned about whether or not *Churchill Falls* will perform its obligations under the *Power Contract*, there would not appear to be any uncertainty between the parties with respect to the law.

Moreover, the trial judge was of the opinion that to grant *Hydro-Québec* the conclusions in its motion for a declaratory judgment as worded would give it a [TRANSLATION] "purely theoretical satisfaction" and would not be of any [TRANSLATION] "concrete and determined usefulness".

Finally, the trial judge stated that the Superior Court has no jurisdiction, in the context of a motion for a declaratory judgment, to rule on *Newfoundland's* Order in Council or the action for a declaratory judgment which it instituted.

However, the trial judge did not allow the exception of *lis pendens* invoked in the alternative by *Churchill Falls* in support of its motion to dismiss.

2. Decision of the Court of Appeal

According to the Court of Appeal, the genuine problem that *Hydro-Québec* is interested in having resolved judicially is the issue of whether *Churchill Falls* would be in default under the *Power Contract* if it were to deliver hydro-electric energy it produced as directed by *Newfoundland* rather than in accordance with the *Power Contract*. As I understand its decision, the Court of

ment de la Cour supérieure, avec dépens dans toutes les cours.

III—La requête en irrecevabilité

1. Le jugement de la Cour supérieure

La Cour supérieure a conclu au bien-fondé de la requête en irrecevabilité. Le premier juge est d'avis que pour que la Cour soit appelée à donner, dans un jugement déclaratoire, la solution à une difficulté, il doit s'agir d'une difficulté de droit et non d'une difficulté de fait qui résulte de l'acte d'un tiers.

Or, bien qu'en l'espèce l'*Hydro-Québec* entretienne de fait certaines inquiétudes quant à l'exécution éventuelle par *Churchill Falls* de ses obligations en vertu du *Contrat d'énergie*, il n'existerait entre les parties aucune incertitude quant au droit.

De plus, le premier juge est d'opinion qu'accorder à l'*Hydro-Québec* les conclusions de sa requête pour jugement déclaratoire telles que libellées ne lui apporterait qu'une «satisfaction purement théorique» et ne lui serait d'aucune «utilité concrète et déterminée».

Enfin, le premier juge précise que la Cour supérieure n'a pas juridiction, dans le cadre d'une requête pour jugement déclaratoire, pour se prononcer sur l'arrêté-en-conseil de *Terre-Neuve* et l'action pour jugement déclaratoire intentée par *Terre-Neuve*.

Le premier juge n'a cependant pas retenu une exception de litispendance invoquée subsidiairement par *Churchill Falls* à l'appui de sa requête en irrecevabilité.

2. L'arrêt de la Cour d'appel

Selon la Cour d'appel, la difficulté réelle que l'*Hydro-Québec* a intérêt à voir résoudre judiciairement, c'est la question de savoir si *Churchill Falls* serait en défaut en vertu du *Contrat d'énergie* dans l'hypothèse où elle livrerait l'énergie hydro-électrique qu'elle produit suivant les directives de *Terre-Neuve* plutôt qu'en conformité du *Contrat d'énergie*. Comme je comprends son arrêt,

Appeal decided implicitly that this was a question of law justifying a motion for a declaratory judgment. Monet J.A. stated the following in his reasons [at pp. 209-10]:

[TRANSLATION] The allegations in the motion for a declaratory judgment describe a legal situation in which Hydro's rights under the power contract are threatened and indicate an interest in having this genuine problem resolved judicially.

Moreover, the genuine problem results from the action not of Churchill but of Newfoundland. Does this mean that the motion must be dismissed? I do not think so. Certainly we must avoid a proliferation of motions under art. 453 C.C.P. On the other hand, we must be careful not to add conditions that are not there; it is not stated that the genuine problem must necessarily result from the action of the respondent. I am therefore of the view that Hydro-Québec has an interest, in the context of art. 453 C.C.P., in having the courts declare that CFLCo would be in default if it delivered power in accordance with Newfoundland's directives rather than as stipulated in the contract.

In this regard, and with all due respect for the contrary view, I am in agreement with the Court of Appeal.

The Court of Appeal was in agreement with the trial judge that the exception of *lis pendens* should be dismissed.

3. Arguments raised by Churchill Falls

*Churchill Falls* reiterated the arguments accepted by the trial judge. It added that it had categorically refused to comply with *Newfoundland's* Order in Council and that it intended to comply with the *Power Contract*.

In the alternative, *Churchill Falls* maintained that there was *lis pendens* as a result of *Newfoundland's* action against *Churchill Falls* and *Hydro-Québec* in the Newfoundland courts.

4. Applicability of art. 453 of the *Code of Civil Procedure*

Article 453 of the *Code of Civil Procedure* reads as follows:

**453.** Any person who has an interest in having determined immediately, for the solution of a genuine problem, either his status or any right, power or obligation

la Cour d'appel décide implicitement que c'est là une question de droit qui justifie le recours à une requête pour jugement déclaratoire. Voici comment le juge Monet s'en exprime dans ses motifs [aux pp. 209 et 210]:

Les allégations de la requête en jugement déclaratoire énoncent une situation juridique telle que les droits de l'Hydro lui résultant du contrat d'énergie sont menacés et font voir un intérêt à ce que cette difficulté réelle soit résolue judiciairement.

D'autre part, la difficulté réelle résulte de l'acte non pas de Churchill mais de Terre-Neuve. La requête serait-elle pour autant irrecevable? Je ne le crois pas. Certes, il faut se méfier de la prolifération du recours prévu à l'article 453 C.P. En revanche, on doit se garder d'y ajouter des conditions qui ne s'y trouvent pas; il n'est pas dit que la difficulté réelle doit nécessairement provenir de l'acte de la partie intimée. Aussi suis-je d'avis que l'Hydro a un intérêt, dans la cadre de l'article 453 C.P. à faire déclarer par les Tribunaux que CFLCo serait en défaut si elle livre l'énergie selon les directives de Terre-Neuve plutôt que selon les stipulations du contrat.

A ce propos, et avec égard pour l'opinion contraire, je suis d'accord avec la Cour d'appel.

La Cour d'appel est d'accord avec le premier juge pour rejeter l'exception de litispendance.

3. Moyens soulevés par Churchill Falls

*Churchill Falls* reprend les moyens retenus par le premier juge. Elle ajoute qu'elle a catégoriquement refusé de se conformer à l'arrêté-en-conseil de *Terre-Neuve* et qu'elle a l'intention de se conformer au *Contrat d'énergie*.

Comme moyen subsidiaire, *Churchill Falls* soutient qu'il y a litispendance par suite de l'action de *Terre-Neuve* contre *Churchill Falls* et l'*Hydro-Québec* devant les tribunaux de Terre-Neuve.

4. Applicabilité de l'art. 453 du *Code de procédure civile*

L'article 453 du *Code de procédure civile* se lit comme suit:

**453.** Celui qui a intérêt à faire déterminer immédiatement, pour la solution d'une difficulté réelle, soit son état, soit quelque droit, pouvoir ou obligation pouvant

which he may have under a contract, will or any other written instrument, statute, order in council, or resolution or by-law of a municipal corporation, may, by motion to the court, ask for a declaratory judgment in that regard.

This remedy was introduced into Quebec law by the new *Code of Civil Procedure* in 1966. The following are the comments of the Commissioners who prepared the draft Code:

This Chapter is new law. The Commissioners have already explained the reason which led them to propose the declaratory action, as a means of preventive justice. They have even thought it opportune to adopt a simplified procedure for certain cases.

The cases provided for will usually raise only a pure question of law, for the solution of which a written contestation would be superfluous. However, it appeared necessary to give the court the power to permit such a contestation or even to order the trial of such questions as it considers useful for the solution of the problems raised.

The introduction of this remedy into Quebec law necessitated a change in the concept of interest found in arts. 76 and 77 of the old *Code of Civil Procedure*. We should now examine the interest of plaintiff or applicant, as the case may be, in light of art. 55 of the *Code of Civil Procedure*:

**55.** Whoever brings an action at law, whether for the enforcement of a right which is not recognized or is jeopardized or denied, or otherwise to obtain a pronouncement upon the existence of a legal situation, must have a sufficient interest therein.

In order to shed light on the requirements that must be met by a person wishing to proceed by way of a motion for a declaratory judgment, I think it would be useful to cite here certain passages from the Commissioners' Report with respect to art. 55:

This Article corresponds to Articles 76 and 77 of the Code, to which a three-fold change is made:

. . .

2. It sets out, in unequivocal terms, that one can invoke the aid of justice not only for the sanction of a legal right that has been violated but also to safeguard a right that is threatened, or otherwise to obtain a court pronouncement upon the existence or the status of a legal situation, . . .

lui résulter d'un contrat, d'un testament ou de tout autre écrit instrumentaire, d'une loi, d'un arrêté en conseil, d'un règlement ou d'une résolution d'une corporation municipale, peut, par requête au tribunal, demander un jugement déclaratoire à cet effet.

Ce recours a été introduit en droit québécois par le nouveau *Code de procédure civile* en 1966. Voici ce qu'en disent les commissaires qui ont préparé le projet de Code:

Ce chapitre est de droit nouveau. Les Commissaires se sont déjà expliqués sur les motifs qui les avaient conduits à proposer l'action déclaratoire comme mesure de justice préventive. Ils ont même cru opportun d'adopter, pour certains cas, une procédure simplifiée.

Les cas prévus ne soulèveront, le plus souvent, qu'une simple question de droit, pour la solution de laquelle une contestation écrite serait superflue. Il a paru cependant nécessaire d'accorder au tribunal le pouvoir de permettre une telle contestation, ou encore de prescrire les mesures d'instruction qu'il jugerait utiles pour la solution des problèmes soulevés.

L'introduction de ce recours en droit québécois a nécessité une modification de la notion d'intérêt que l'on retrouvait aux art. 76 et 77 de l'ancien *Code de procédure civile*. Maintenant nous devons examiner l'intérêt du demandeur ou du requérant, le cas échéant, à la lumière de l'art. 55 du *Code de procédure civile*:

**55.** Celui qui forme une demande en justice, soit pour obtenir la sanction d'un droit méconnu, menacé ou dénié, soit pour faire autrement prononcer sur l'existence d'une situation juridique, doit y avoir un intérêt suffisant.

Afin de faire bien saisir les conditions requises pour qu'une personne puisse procéder par requête pour jugement déclaratoire, je crois qu'il est utile de citer ici certains passages du Rapport des commissaires relatifs à l'art. 55:

Cet article correspond aux articles 76 et 77 du code actuel, auxquels il apporte une triple modification:

. . .

2° Il exprime, en termes non équivoques, que l'on peut s'adresser à la justice, non seulement pour obtenir la sanction d'un droit violé, mais aussi pour assurer la sauvegarde d'un droit menacé, ou pour faire autrement prononcer sur l'existence ou le contenu d'une situation juridique; . . .

In the present state of things, one may say, in a general way, that rights are sanctioned only by the condemnation of the person who has violated them; it is only exceptionally, in effect, that the litigant may invoke the aid of justice before the actual violation of his right has taken place.

There would be little to say against this curative justice if rights were never violated other than by deliberate intention. But, observation reveals that often the litigant wants only his rights, but he is not aware of their precise limits because of the obscurity of the law or of the agreement which governs them. Not knowing what he must do — or what he must not do — to stay within the law, the litigant is in a dilemma, whether to deprive himself of exercising all his rights through fear of going beyond their legal limits, or to run the risk of being sued for having crossed the limit which he could not know.

. . .

It is, therefore, extremely desirable that there should be put at the disposal of the litigants a means which permits them to determine in advance in certain conditions the true nature of the juridical situation in which they find themselves. But the means required for this are declaratory procedures under which, when two litigants are in disagreement as to their reciprocal rights and obligations, one of them may demand from the tribunal, a declaration as to what his rights are. This declaration will not involve any condemnation, but, having the force of chose jugée, it will compel the respect of the parties.

. . .

The objections that one could raise against this form of preventive justice are:

1. That the Courts do not have as their function the giving of opinions; and

2. That declaratory actions risk causing the blocking of the Courts.

To that one must answer that the declaratory judgment is not the giving of an opinion but a decision with the force of chose jugée; and that the means of avoiding the abuse which one fears—" . . . is not to be opposed systematically to this procedure but to be very strict in the appreciation of the interest alleged by requiring that, on the one hand the danger be grave and serious to the point of creating from that moment a definite difficulty, and on the other hand, the judicial declaration sought be of such a nature as to offer to the plaintiff not merely a purely theoretical satisfaction but a concrete and determined usefulness". (SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 1, No. 233.)

Dans l'état actuel des choses, l'on peut dire, de façon générale, que les droits ne sont pas sanctionnés autrement que par la condamnation de celui qui les a violés; c'est par exception, en effet, que le justiciable peut s'adresser à la justice avant que ne soit effectivement consommée la violation de son droit.

Il y aurait peu à dire contre cette justice curative, si les droits n'étaient jamais violés que de propos délibéré. Mais l'expérience révèle que, bien souvent, le justiciable ne veut rien de plus que son droit, mais qu'il n'en connaît pas les limites, à cause de l'obscurité de la loi ou de la convention qui le régit. Ignorant ce qu'il doit faire—ou ce dont il doit s'abstenir—pour rester dans la légalité, le justiciable est dans un dilemme: ou bien se priver d'exercer tout son droit, par crainte d'en dépasser les limites ou bien courir le risque d'être poursuivi en justice pour avoir franchi une limite qu'il ne pouvait pas connaître.

. . .

Il est donc éminemment souhaitable que soit mis à la disposition des justiciables un moyen qui leur permette de faire déterminer d'avance, dans certaines conditions, le contenu de la situation juridique dans laquelle ils se trouvent. Or, ce moyen, c'est la procédure déclaratoire, suivant laquelle, lorsque deux justiciables sont en désaccord sur leurs droits ou obligations réciproques, l'un d'eux peut demander au tribunal de déclarer quels sont ses droits. Cette déclaration ne sera assortie d'aucune condamnation, mais, ayant force de chose jugée, elle s'imposera néanmoins au respect des parties.

. . .

Les objections que l'on pourrait élever contre cette forme de justice préventive sont:

1° que les tribunaux n'ont pas pour mission de donner des consultations; et,

2° que les demandes déclaratoires risquent d'amener l'encombrement des tribunaux.

A cela, il faut répondre que le jugement déclaratoire n'est pas une consultation, mais une décision qui a force de chose jugée, et que le moyen d'éviter l'abus que l'on craint «n'est pas de s'opposer systématiquement à la procédure, mais de se montrer très strict dans l'appréciation de l'intérêt allégué en exigeant que, d'une part, la menace soit grave et sérieuse au point de créer dès à présent un trouble précis, et que, d'autre part, la déclaration judiciaire sollicitée soit de nature à offrir au demandeur, non point une satisfaction purement théorique, mais une utilité concrète et déterminée». (SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 1, n° 233.)

But one will see that these methods are provided for in the title of "Judgments".

3. The Article provides, moreover, for the necessity of an interest in order to exercise a recourse in justice; but contrary to Article 77 C.P. by whose terms "this interest may only be eventual", the proposed text requires a "sufficient interest". As it is universally admitted that the interest required to take legal action must exist at the moment when the recourse is instituted, it is clear that the terminology of the code is not rigorously exact; what one intended to say without doubt is not that one can invoke justice when one has not yet an interest in doing so, but rather that the interest required to institute proceedings may flow from a right which itself would only be eventual, which is not at all the same thing. And as the measure of interest is always a question of fact, the rule must be set out in terms which leave to the courts the problem of determining it empirically. Hence the proposed change, which is, moreover, essential if one admits the declaratory action.

It was not argued that *Hydro-Québec* should have proceeded by action rather than by a motion for a declaratory judgment. The case at bar accordingly differs in this respect from that decided in *Duquet v. Town of Sainte-Agathe-des-Monts*, [1977] 2 S.C.R. 1132, in which Pigeon J., speaking for the Court, observed that the distinction between preventive and curative justice should not be treated as if it had been incorporated in the legislation by the Commissioners.

Essentially, the question is as to whether *Hydro-Québec* has an interest in having determined immediately the solution to a genuine problem which it may have under one of the written instruments mentioned in art. 453 of the *Code of Civil Procedure*.

In order to answer this question, it is necessary to look at the legal situation in which *Hydro-Québec* is at present. This legal situation is the result of a series of events disclosed in the allegations of the motion for a declaratory judgment, cited above, and they must be taken as proven.

What emerges from these events? Primarily the following: although in fact *Churchill Falls* refused to comply with the *Newfoundland* Order in Coun-

Or, on verra que ces moyens sont prévus au titre des jugements.

3° L'article prévoit en outre la nécessité d'un intérêt pour exercer un recours en justice; mais, à la différence de l'article 77 C.p., aux termes duquel «cet intérêt ... peut n'être qu'éventuel», le texte proposé exige un «intérêt suffisant». Comme il est universellement admis que l'intérêt requis pour ester en justice doit exister au moment où se forme le recours, il est clair que la terminologie du Code n'est pas rigoureusement exacte; ce qu'on a voulu dire, sans doute, ce n'est pas que l'on peut s'adresser à la justice alors qu'on n'a pas encore intérêt à le faire, mais bien plutôt que l'intérêt requis pour former une demande peut découler d'un droit qui, lui, ne serait qu'éventuel, ce qui n'est pas du tout la même chose. Et comme la mesure de l'intérêt est toujours une question d'espèce, il importe que la règle soit exprimée en des termes qui laissent au tribunal le soin de la déterminer empiriquement. De là la modification proposée, qui est d'ailleurs essentielle si l'on admet la demande déclaratoire.

Il n'est pas plaidé que l'*Hydro-Québec* aurait dû procéder par action plutôt que par requête pour jugement déclaratoire. La présente affaire se distingue donc à ce point de vue de celle qui a été décidée dans *Duquet c. Ville de Sainte-Agathe-des-Monts*, [1977] 2 R.C.S. 1132, où le juge Pigeon, qui rend le jugement de la Cour, observe qu'il n'y a pas lieu de traiter la distinction entre la justice préventive et la justice curative comme si les commissaires l'avaient incorporée au texte législatif.

Il s'agit essentiellement de décider si l'*Hydro-Québec* a un intérêt à faire déterminer immédiatement la solution à une difficulté réelle pouvant résulter d'un des écrits mentionnés à l'art. 453 du *Code de procédure civile*.

Pour répondre à cette question, il faut examiner le contexte juridique dans lequel l'*Hydro-Québec* se trouve présentement. Ce contexte juridique est le résultat de la série d'événements qui ressortent des allégations de la requête pour jugement déclaratoire, citées plus haut, et qu'il faut tenir pour avérées.

Que ressort-il de ces événements? Principalement ceci: bien que de fait, *Churchill Falls* ait refusé d'obtempérer à l'arrêté-en-conseil de *Terre-*

cil, it is possible that as a result of the steps taken by the latter it could be obliged to comply with that Order for legal reasons. The effect of this would probably be to make it almost impossible for *Churchill Falls* to carry out its commitments to *Hydro-Québec* in accordance with the *Power Contract*.

How is this impossibility to be interpreted in light of the *Power Contract?* This is essentially the genuine problem, clearly of a legal nature, raised by the present circumstances in which the parties to the *Power Contract* find themselves.

*Hydro-Québec* is in a position of uncertainty as to the legal effect on the *Power Contract* of the possible obligation of *Churchill Falls* to comply with the Order in Council. In its submission, it identified more specifically the questions of law which the Court will be required to resolve and which clearly disclose the genuine problem of law which *Hydro-Québec* is liable to confront:

[TRANSLATION] We submit that, in the circumstances, respondent could legitimately pose the following questions for decision by the Quebec courts:

(a) assuming it was correct, does the request by Newfoundland based on clause 2(e) of Part I of lease R-5 constitute an Act of God within the meaning of the power contract, one which appellant could set up against respondent?

(b) should the implied terms in the power contract be read as meaning that all its provisions are subject to the prior and predominant rights of the Government of Newfoundland under lease R-5?

(c) ...

The conclusions of the motion for a declaratory judgment, as worded, must be seen in this context. The conclusions are of course written in the affirmative: they are only the solution suggested by respondent to the questions raised by it. This is what appellant refused to see in its submission, and its entire argument was based on an idiosyncratic perception of the conclusions of the action, regardless of the legal context in which they were made.

Moreover, the conclusions of the principal motion could always be amended, if necessary, to correspond more closely with the issue submitted.

*Neuve* il est possible que suite aux actes posés par celle-ci, elle puisse se voir obligée de s'y conformer pour des raisons d'ordre juridique. Ce qui aurait vraisemblablement pour effet de mettre *Churchill Falls* dans la quasi-impossibilité de répondre à ses engagements envers l'*Hydro-Québec* en vertu du *Contrat d'énergie*.

Or, comment interpréter cette impossibilité à la lumière du *Contrat d'énergie*? Voilà essentiellement la difficulté réelle et de nature clairement juridique que soulève le contexte actuel dans lequel se trouvent les parties au *Contrat d'énergie*.

L'*Hydro-Québec* se trouve dans l'incertitude quant à l'effet juridique sur le *Contrat d'énergie* de l'obligation possible de *Churchill Falls* de se conformer à l'arrêté-en-conseil. Elle fait ressortir de façon plus particulière dans son mémoire les questions de droit que le tribunal sera appelé à trancher et qui font clairement ressortir la difficulté réelle de droit à laquelle l'*Hydro-Québec* est susceptible de faire face:

Nous soumettons que, dans les circonstances, l'intimée pouvait légitimement proposer les questions suivantes à l'adjudication des tribunaux du Québec:

a) Si elle était par hypothèse bien fondée, la demande de Terre-Neuve basée sur la clause 2(e) de la Partie I du bail R-5 constituera-t-elle ou non un événement de force majeure au sens du contrat d'énergie, événement que l'appelante pourra dès lors opposer à l'intimée?

b) Doit-on lire des termes implicites dans le contrat d'énergie (implied terms) à l'effet que toutes ses dispositions sont sujettes à des droits antérieurs et prédominants du gouvernement de Terre-Neuve en vertu du bail R-5?

c) ...

C'est dans cette perspective qu'il faut comprendre les conclusions, telles que libellées, de la requête pour jugement déclaratoire. Les conclusions sont évidemment rédigées sous la forme affirmative: elles ne sont en définitive que la solution suggérée par l'intimée aux questions qu'elle pose. C'est ce que, dans son mémoire, l'appelante refuse de voir et toute son argumentation repose sur une perception isolée des conclusions de la procédure sans égard pour le contexte juridique dans lequel elles ont été posées.

D'ailleurs les conclusions de la requête principale pourraient toujours être amendées pour mieux correspondre, au besoin, au litige soumis.

This is exactly what counsel for *Hydro-Québec* did at the hearing in this Court. He requested leave to amend the third conclusion of the motion for a declaratory judgment so that it now reads:

[TRANSLATION] STATE and DECLARE that the failure by respondent to sell and deliver to applicant all the electrical power and energy that can be generated by the hydro-electric plant currently operated by respondent at Churchill Falls, on the Churchill River, in accordance with the foregoing conclusion, constitutes a breach of contract under contract R-1, and a failure notwithstanding, *inter alia*, the arguments presented by Newfoundland in Attorney-General of Newfoundland v. Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. et al., 1976-812, Supreme Court of Newfoundland;

Among the arguments made by *Newfoundland* and referred to by *Hydro-Québec* in this amended conclusion are paragraphs 24 *et seq.* of the statement of claim of the *Newfoundland* action, Exhibit R-9, attached to the motion of *Hydro-Québec*. These paragraphs read as follows:

24. The Plaintiff says that by virtue of (a) Part I of the Lease and (b) Sections 3 and 4 of the Act the First Defendant is obliged to comply with the request set forth in the Order-in-Council, notwithstanding the provisions contained in the Power Contract.

25. In the alternative the Plaintiff says that the request set forth in the Order-in-Council constitutes Force Majeure as such term is defined under the Power Contract, and therefore the First Defendant will not be subject to any penalties under the provisions of the Power Contract or incur any other liability to the Second Defendant by reason of complying with such request, and the Power Contract shall not be in default or breached. The Plaintiff repeats the allegations contained in paragraphs 6 and 7 hereof.

26. Further in the alternative, the Plaintiff says the Second Defendant was at all times aware or should have been aware that, notwithstanding the provisions of the Power Contract, upon the request of the Government, the First Defendant would be obligated under the Lease to give priority to the consumers of electricity in the Province of Newfoundland, and by reason thereof it was or ought to have been the

C'est précisément ce qu'a fait le procureur de l'*Hydro-Québec* au cours de l'audition devant cette Cour. Il a en effet demandé l'autorisation d'amender la troisième conclusion de la requête pour jugement déclaratoire de telle sorte qu'elle se lise dorénavant comme suit:

DIRE et DECLARER que le défaut par l'Intimée de vendre et de livrer à la Requérante toute la puissance et l'énergie que peut générer la centrale hydroélectrique actuelle opérée par l'Intimée aux Chutes Churchill sur la Rivière Churchill conformément à la conclusion précédente constituerait un bris de contrat en vertu du contrat R-1 et un défaut nonobstant notamment les moyens invoqués par Terre-Neuve dans l'action Attorney-General of Newfoundland vs Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd. et al, 1976-812, Supreme Court of Newfoundland;

Parmi les moyens invoqués par *Terre-Neuve* et auxquels l'*Hydro-Québec* fait allusion dans cette conclusion amendée, on trouve les paragraphes 24 et suivants de la déclaration de l'action de *Terre-Neuve*, pièce R-9, annexée à la requête de l'*Hydro-Québec*. Ces paragraphes se lisent comme suit:

[TRADUCTION] 24. La demanderesse affirme qu'en vertu a) de la Partie I du bail et b) des articles 3 et 4 de la Loi, la première défenderese est tenue de se conformer à la demande formulée dans l'arrêté-en-conseil, nonobstant toute disposition prévue au contrat d'énergie.

25. Subsidiairement la demanderesse affirme que la demande formulée dans l'arrêté-en-conseil constitue une force majeure, selon la définition de ce terme contenue dans le contrat d'énergie, et qu'en conséquence, la première défenderesse ne sera ni assujettie aux pénalités prévues aux dispositions du contrat d'énergie, ni soumise à aucune autre obligation envers la seconde défenderesse parce qu'elle se conforme à cette demande et il n'y aura ni violation du contrat d'énergie, ni manquement à ce dernier. La demanderesse répète les allégations portées aux paragraphes 6 et 7 ci-dessus.

26. Subsidiairement encore, la demanderesse affirme que la seconde défenderesse a toujours su ou aurait dû savoir que, malgré les dispositions du contrat d'énergie, sur demande du gouvernement, la première défenderesse serait obligée en vertu du bail d'accorder priorité aux consommateurs d'électricité de la province de Terre-Neuve et, en raison de cela, il était ou aurait dû être entendu entre la première

understanding of the First Defendant and the Second Defendant that there is an implied term of the Power Contract that the obligation on the part of the First Defendant as contained in the Power Contract to deliver to the Second Defendant hydro-electric power and energy would be subject at all times to the obligation of the First Defendant, as set forth in paragraph (e) of Clause 2 of Part I of the Lease, to give, upon the request of the Government priority to the consumers of electricity in the Province of Newfoundland. The Plaintiff repeats the allegations contained in paragraphs 6 and 7 hereof.

27. The Plaintiff says that by complying with the request set forth in the Order-in-Council the First Defendant will not be in breach of any of the warranties contained in the Bond Purchase Agreements or in breach of any of the provisions contained in (i) the Power Contract, (ii) the Bond Purchase Agreements, (iii) the First Mortgage Trust Deed, (iv) the General Mortgage Trust Deed, or (v) the Debenture Indenture.

Pursuant to s. 50 of the *Supreme Court Act*, I would allow the motion by *Hydro-Québec* for leave to amend.

If any doubt existed as to the genuine questions of law which *Hydro-Québec* is asking the Court to consider, I feel that the effect of this amendment to the conclusions of the motion is to resolve that doubt.

Essentially, *Hydro-Québec* wishes to know whether the fact that *Churchill Falls* is unable to carry out its commitments under the *Power Contract* on account of its possible obligation to meet the demand of *Newfoundland* for electrical energy constitutes a case of default or a case of Act of God under the *Power Contract*.

The question is an important one, since clause 17.1 of the *Power Contract* sets forth the effects of an Act of God on the mutual rights and obligations of the parties.

I am therefore of the view that the difficulty is one of law and not of fact resulting from a contract, for the solution of which *Hydro-Québec* can appeal by a motion for a declaratory judgment.

défenderesse et la seconde défenderesse que le contrat d'énergie comporte une clause implicite selon laquelle l'obligation imposée à la première défenderesse par le contrat d'énergie de livrer à la seconde défenderesse l'énergie hydro-électrique était assujettie en tout temps à l'obligation de la première défenderesse énoncée à l'alinéa (e) de la clause 2 de la Partie I du bail d'accorder, sur demande du gouvernement, la priorité aux consommateurs d'électricité de la province de Terre-Neuve. La demanderesse répète les allégations portées aux paragraphes 6 et 7 ci-dessus.

27. La demanderesse affirme qu'en se conformant à la demande formulée dans l'arrêté-en-conseil, la première défenderesse ne viole aucune des garanties portées aux conventions d'achat d'obligations ni ne viole aucune des dispositions portées (i) au contrat d'énergie, (ii) aux conventions d'achat d'obligations, (iii) à l'acte de fiducie de première hypothèque, (iv) à l'acte de fiducie d'hypothèque générale ou (v) à l'acte de débenture.

J'accorderais à l'*Hydro-Québec*, en vertu de l'art. 50 de la *Loi sur la Cour suprême*, sa requête pour autorisation d'amender.

S'il existait un doute quant aux véritables questions de droit que l'*Hydro-Québec* demande au tribunal d'examiner, je crois que cet amendement aux conclusions de la requête a pour résultat d'y mettre fin.

L'*Hydro-Québec* veut essentiellement savoir si le fait pour *Churchill Falls* d'être dans l'impossibilité de remplir ses engagements en vertu du *Contrat d'énergie* en raison de son obligation éventuelle de répondre à la demande d'énergie électrique de *Terre-Neuve*, constitue un cas de défaut ou un cas de force majeure en vertu du *Contrat d'énergie*.

La question est importante puisque l'article 17.1 du *Contrat d'énergie* énonce quels seront les effets d'un cas de force majeure sur les droits et obligations réciproques des parties.

Je suis donc d'avis qu'il s'agit là d'une difficulté de droit et non de fait résultant d'un contrat, pour la solution de laquelle l'*Hydro-Québec* peut se pourvoir en requête pour jugement déclaratoire.

*Churchill Falls* contended that the only apparent problem is due to the Order in Council, which constituted an act by a third party, and that for its part it has always made clear its intention to comply with the *Power Contract*.

It is true that the threat and the problem were not caused directly by the act of *Churchill Falls*. However, the purpose of the proceedings brought by *Newfoundland* is essentially to force *Churchill Falls* to comply with the Order in Council. It is no longer exclusively a matter for *Churchill Falls* whether it complies with that Order in Council. It is now the Newfoundland courts which will decide in law, among other things they will have to decide, whether *Churchill Falls* should refuse to comply with the Order in Council, and the latter will be obliged to carry out the order of the Court.

*Hydro-Québec* is therefore now threatened with seeing *Churchill Falls* compelled to refuse to perform its obligations under the *Power Contract*, and it understandably wants to know how this refusal will affect the rights of the parties to the *Power Contract*.

Further, it is not necessary for *Churchill Falls* to have already refused to perform the *Power Contract* in order for the Superior Court to rule on the rights of the parties to the contract. The value of the new declaratory action which *Hydro-Québec* is seeking to use lies precisely in the fact that it allows the litigant to protect a threatened right. As the Commissioners observed, "the interest required to institute proceedings may flow from a right which itself would only be eventual". What matters is that the interest in obtaining a solution to a genuine problem is real. I consider that *Hydro-Québec* does really possess such an interest.

It might be otherwise if, without any indication of intent on the part of *Newfoundland* to rely on clause 2(e) of Part I of the lease, *Hydro-Québec* entertained doubts as to the effect of a possible request for power by *Newfoundland*, pursuant to this clause, on the legal situation of the parties to the power contract. In that case, *Hydro-Québec's* interest in seeking a declaratory judgment from the Court would perhaps be uncertain, and there

*Churchill Falls* soutient que la seule difficulté apparente est due à l'arrêté-en-conseil qui constitue l'acte d'un tiers et que pour sa part elle a toujours manifesté son intention de se conformer au *Contrat d'énergie*.

Il est vrai que la menace et la difficulté n'ont pas été causées directement par l'acte de *Churchill Falls*. Mais les procédures intentées par *Terre-Neuve* visent essentiellement à forcer *Churchill Falls* à se conformer à l'arrêté-en-conseil. La décision de *Churchill Falls* de se conformer ou non à cet arrêté-en-conseil ne lui revient plus exclusivement. Maintenant ce sont les tribunaux de Terre-Neuve qui décideront en droit, entre autres choses qu'ils auront à décider, si *Churchill Falls* doit refuser ou non d'obtempérer à l'arrêté-en-conseil et celle-ci devra se conformer à l'ordre du tribunal.

L'*Hydro-Québec* se trouve donc actuellement menacée de voir *Churchill Falls* obligée de refuser d'exécuter ses obligations en vertu du *Contrat d'énergie* et elle se demande à juste titre comment ce refus affectera les droits des parties au *Contrat d'énergie*.

De plus, il n'est pas nécessaire que *Churchill Falls* ait dès maintenant refusé de se conformer au *Contrat d'énergie* pour que la Cour supérieure se prononce sur les droits des parties au contrat. L'utilité du nouveau recours déclaratoire dont l'*Hydro-Québec* tente de se prévaloir est précisément de permettre au justiciable de sauvegarder un droit menacé. Comme l'affirment les commissaires, «l'intérêt requis pour former une demande peut découler d'un droit qui, lui, ne serait qu'éventuel». Ce qui importe c'est que l'intérêt à obtenir une solution à une difficulté réelle soit actuel. Or je crois que l'*Hydro-Québec* possède actuellement cet intérêt.

Il pourrait en aller autrement, si sans aucune manifestation d'intention de la part de *Terre-Neuve* de se prévaloir de la clause 2(e) de la Partie I du bail, l'*Hydro-Québec* entretenait des doutes sur l'effet d'une éventuelle demande d'énergie par *Terre-Neuve* en vertu de cette clause, sur la situation juridique des parties au *Contrat d'énergie*. Dans ce cas l'intérêt de l'*Hydro-Québec* pour solliciter du tribunal un jugement déclaratoire serait

might be reason to say that the judgment on the motion would only provide a "purely theoretical satisfaction" and would not be of any "concrete and determined usefulness".

That is not the situation here. The Order in Council of *Newfoundland* has in fact been adopted and legal proceedings intended to oblige *Churchill Falls* to comply with it have in fact been brought.

The problem which had only been a potential one materialized and became a reality, and so did the interest which *Hydro-Quebec* might conceivably have in a ruling to resolve the ambiguity of the legal situation in which the parties to the *Power Contract* could be placed.

I do not believe that *Hydro-Québec* is merely seeking a repetition of the unambiguous provisions of the *Power Contract*. It is true that, taken in isolation, the first two conclusions of its motion for a declaratory judgment seem somewhat tautological. However, counsel for *Churchill Falls*, who wondered what would happen, with such conclusions, if he confessed judgment, carefully refrained from doing so. These conclusions must be read in light of the allegations of the motion and the context described by them. The must also be read in light of the third conclusion, which is not tautological, although it lacked precision before it was amended. Furthermore, *Hydro-Québec* can again amend in the Supreme Court if it thinks this is necessary and obtains leave to do so: purely procedural considerations should not be an obstacle to the solution of a genuine problem to which art. 453 of the *Code of Civil Procedure* applies, and once again, that problem consists in categorizing, in light of the interpretation that must be given to the *Power Contract*, the difficulty in which *Churchill Falls* is likely to be.

With respect for the opposite view, I do not think the Court is being asked to interpret the Order in Council adopted by *Newfoundland*. What is being asked of the Court is, *inter alia*, to decide whether the fact that one party to the *Power Contract* is prevented from fulfilling its contractual obligations, as the result of demand

peut-être défaillant et il pourrait y avoir lieu de dire que le jugement sur la requête n'apporterait qu'une «satisfaction purement théorique» et ne lui serait d'aucune «utilité concrète et déterminée».

Ce n'est pas notre cas. L'arrêté-en-conseil de *Terre-Neuve* a été effectivement passé et des procédures judiciaires destinées à contraindre *Churchill Falls* à s'y conformer ont été effectivement intentées.

La difficulté qui n'était que potentielle s'est donc concrétisée et est devenue réelle ainsi que l'intérêt qu'aurait pu éventuellement avoir l'*Hydro-Québec* à faire statuer sur l'ambiguïté de la situation juridique dans laquelle les parties au *Contrat d'énergie* pouvaient être placées.

Je ne crois pas que l'*Hydro-Québec* demande simplement de répéter des dispositions non ambiguës du *Contrat d'énergie*. Il est vrai que, prises isolément, les deux premières conclusions de sa requête pour jugement déclaratoire paraissent quelque peu tautologiques. Mais le procureur de *Churchill Falls* qui s'est demandé ce qui adviendrait, avec de telles conclusions, s'il confessait jugement, s'est bien gardé de le faire. Ces conclusions doivent être lues à la lumière des allégations de la requête et du contexte qu'elles décrivent. Elles doivent aussi être lues à la lumière de la troisième conclusion qui elle, n'est pas tautologique même si elle manquait de précision avant l'amendement. D'ailleurs, l'*Hydro-Québec* pourra de nouveau amender en Cour supérieure si elle le juge nécessaire et en obtient l'autorisation: des raisons de pure forme ne doivent pas faire obstacle à la solution d'une difficulté réelle visée par l'art. 453 du *Code de procédure civile*, et cette difficulté, encore une fois, consiste à qualifier, à la lumière de l'interprétation qu'il faut donner au *Contrat d'énergie*, l'empêchement dans lequel *Churchill Falls* est susceptible de se trouver.

Avec égard pour l'opinion contraire, je ne crois pas qu'il soit demandé au tribunal d'interpréter l'arrêté-en-conseil adopté par *Terre-Neuve*. Ce qui est demandé au tribunal c'est, entre autres, de décider si un empêchement pour une partie au *Contrat d'énergie* de remplir ses engagements contractuels, causé par une demande de *Terre-Neuve*,

from *Newfoundland*, constitutes a default under the contract. What must be interpreted is the *Power Contract*, not the Order in Council of *Newfoundland*.

I accordingly conclude that *Hydro-Québec* has met the conditions necessary to move for a declaratory judgment, and I would dismiss the first argument submitted by *Churchill Falls* against the motion for a declaratory judgment.

5. The exception of *lis pendens*

As an alternative argument for dismissing the motion for a declaratory judgment, *Churchill Falls* contended that there was *lis pendens* as a result of the declaratory action brought by *Newfoundland* against *Churchill Falls* and *Hydro-Québec* in the Newfoundland courts.

The Superior Court and the Court of Appeal dismissed this alternative argument, concluding that the three identities of cause, subject and parties which characterize *lis pendens* were not present between the two proceedings. I consider that they were correct.

However, *Churchill Falls* argued that it was not suggesting the classic *lis pendens*, but the "kind of *lis pendens*" referred to by Pigeon J. in the following passage from *Duquet*, *supra*, at p. 1138:

> With respect, I must say that the decision of the Court of Appeal is tantamount to deleting art. 453 from the *Code*. Can there be a "genuine problem" which does not constitute an "issue", as this word is understood in this context? This is not a situation where another suit has already been filed: that would be quite a different situation, a kind of *lis pendens*.

What Pigeon J. was attempting to explain, I think, is that a litigant must be prevented from resorting to declaratory actions in order to avoid the jurisdiction of a court whose authority is not and cannot be disputed, and which already has before it a case raising the same questions of law.

This, moreover, is the sense in which the phrase must be taken in *Ville de Montréal v. Bureau des examinateurs électriciens de la province de*

constitue un cas de défaut en vertu du contrat. Ce qu'il s'agit d'interpréter c'est le *Contrat d'énergie* et non l'arrêté-en-conseil de *Terre-Neuve*.

J'en viens donc à la conclusion que l'*Hydro-Québec* est dans les conditions voulues pour requérir un jugement déclaratoire et je rejetterais le premier moyen invoqué par *Churchill Falls* à l'encontre de la requête pour jugement déclaratoire.

5. L'exception de litispendance

Comme moyen subsidiaire de non recevabilité à l'encontre de la requête pour jugement déclaratoire, *Churchill Falls* soutient qu'il y a litispendance suite à l'action déclaratoire entreprise par *Terre-Neuve* contre *Churchill Falls* et l'*Hydro-Québec* devant les tribunaux de Terre-Neuve.

La Cour supérieure et la Cour d'appel ont rejeté ce moyen subsidiaire, estimant qu'il n'y avait pas, entre les deux procédures, les trois identités de cause, d'objet et de parties, qui caractérisent la litispendance. Je crois qu'elles ont raison.

Cependant, *Churchill Falls* soutient que ce n'est pas la litispendance classique qu'elle invoque, mais cette «espèce de litispendance» à laquelle le juge Pigeon fait allusion dans le passage suivant de l'arrêt *Duquet*, précité, à la p. 1138:

> Avec respect, je dois dire que la décision de la Cour d'appel fait rien moins que rayer du *Code* l'art. 453. En effet, quand aura-t-on une «difficulté réelle» qui ne constitue pas un «litige» au sens qu'elle donne à ce mot? Il ne s'agit pas d'un cas où il y aurait déjà une autre instance introduite, ce qui serait une situation tout à fait différente, une espèce de litispendance.

Ce que le juge Pigeon voulait expliquer, je pense, c'est qu'il faut empêcher le justiciable d'avoir recours à des procédures déclaratoires dans le but d'échapper à la juridiction d'un tribunal dont la compétence n'est ni contestée ni contestable et qui est déjà saisi d'un litige soulevant les mêmes questions de droit.

C'est d'ailleurs en ce sens que fut interprétée cette expression dans *Ville de Montréal c. Bureau des examinateurs électriciens de la province de*

*Québec*, [1977] C.S. 851, and *Campisi v. Procureur général du Québec*, [1978] C.A. 520.

In the first case, the City of Montreal was seeking from the Court by means of a motion for a declaratory judgment a ruling that certain of its signalling apparatus was not subject to the *Electricians and Electrical Installations Act*. In the mistaken belief that criminal informations had already been laid against the City of Montreal under that Act and that they were still before the Court of Sessions of the Peace, Gratton J. was of the opinion that this "kind of *lis pendens*" existed between the two proceedings.

At pages 852-53 he said the following:

[TRANSLATION] In the case at bar applicant is seeking to remove itself from application of c. 152 of the *Revised Statutes of Quebec*, 1964, by means of a declaratory judgment holding that its variable function signalling system is not an electrical installation within the meaning of s. 2(3). It would accordingly not be required to apply for a licence or be subject to control by inspectors and would avoid the criminal proceedings contemplated in ss. 34 and 40 of the Act.

Applicant alleged an interest, but the threat, so grave and serious as to cause a specific problem, results from informations laid with the Court of Sessions of the Peace. There is here a kind of *lis pendens*, which is quite a different situation, as Pigeon J. observed. Even if the motion under 453 C.C.P. were to be made extensively applicable, this could not go so far as to deprive a lower court of its jurisdiction, as Bélanger J.A. pointed out.

. . .

Although applicant cited *Duquet v. Town of Ste-Agathe* in response to the objection, there is a fine difference between the two situations. In that case the issue had developed between the parties under the jurisdiction of the Superior Court. In the case at bar the Court of Sessions of the Peace is hearing the case and has all the necessary powers to dismiss the information if it sees fit. There is accordingly "a kind of *lis pendens*" here, to use the phrase employed by Pigeon J.

This judgment was reversed by an unreported decision of the Court of Appeal (C.A.M. 500-009-001317-775, dated January 8, 1981) because of an error of fact made by the trial judge, but the Court of Appeal did not reverse his finding on the law.

*Québec*, [1977] C.S. 851 et *Campisi c. Procureur général du Québec*, [1978] C.A. 520.

Dans le premier cas, la ville de Montréal demandait à la cour par voie de requête pour jugement déclaratoire, un jugement à l'effet que certains de ses dispositifs de signalisation n'étaient pas soumis à la *Loi des électriciens et installations électriques*. Croyant erronément que l'on avait déjà porté des plaintes pénales à l'encontre de la ville de Montréal en vertu de cette même loi et que la Cour des sessions de la paix en était toujours saisie, le juge Gratton a été d'avis que l'on retrouvait cette «espèce de litispendance» entre les deux procédures.

Voici comment il s'exprime aux pp. 852 et 853:

Dans le présent cas, la requérante veut se soustraire à l'application du chapitre 152 des *Statuts refondus du Québec*, 1964, au moyen d'un jugement déclaratoire qui déciderait que son système de signalisation à fonctions variables n'est pas une installation électrique au sens du paragraphe 3 de l'article 2. Ainsi elle n'aurait pas à demander un permis ni être soumise au contrôle des inspecteurs et éviterait les poursuites pénales prévues aux articles 34 et 40 de la Loi.

La requérante allègue un intérêt, mais la menace, si grave et sérieuse pour causer un trouble précis, origine des plaintes portées devant la Cour des Sessions de la paix. Il y a ici une espèce de litispendance, ce qui est situation tout à fait différente, comme le dit l'honorable juge Pigeon. Même si on a voulu rendre la requête sous 453 C.P. largement applicable, ceci ne peut aller aussi loin que de priver une Cour inférieure d'exercer sa juridiction, comme l'écrit l'honorable juge Bélanger.

. . .

Même si la requérante, face à l'objection, a fait valoir l'arrêt *Duquet c. Ville de Ste-Agathe*, on constate une nuance entre les deux situations. Le litige, dans cet arrêt, était mû entre des parties sous la juridiction de la Cour supérieure. Actuellement, la Cour des Sessions de la paix est saisie du litige et a tous les pouvoirs pour renvoyer la plainte si elle le juge à propos. Il y a donc ici «une espèce de litispendance» pour employer l'expression de l'honorable juge Pigeon.

Ce jugement a été infirmé par un arrêt inédit de la Cour d'appel (C.A.M. 500-009-001317-775, en date du 8 janvier 1981) à cause de l'erreur de fait commise par le premier juge, mais la Cour d'appel ne lui donne pas tort sur le droit. Le juge Bélanger

Bélanger J.A., rendering judgment for the Court of Appeal, wrote:

[TRANSLATION] It may be that with the information provided to him, the decision of the trial judge was justified, but I am not required to decide that point.

In *Campisi*, a motion was made for a declaratory judgment relating to interpretation of s. 73(a) of the *Charter of the French language*. However, applicants, who had been refused the right to enrol their children in the English sector of two school commissions, appealed this decision to the Appeal Commission created under the Charter. The Court of Appeal held that the motion for a declaratory judgment was inadmissible, as applicants had submitted their problem to the Appeal Commission and its decisions could not be appealed. The Court held that there was a "kind of *lis pendens*" within the meaning of *Duquet*, *supra*. Turgeon J.A. added that even if the Superior Court had concurrent jurisdiction with the Appeal Commission, the Court of Appeal should refrain from deciding the case so as to avoid contradictory decisions.

I do not believe that in the case at bar this *lis pendens* can be found between the proceedings brought in the courts of Newfoundland and this motion for a declaratory judgment.

I think it is impossible to conclude that *Hydro-Québec* sought to avoid the jurisdiction of the Newfoundland courts, when under the terms of the *Power Contract* itself only the courts of the district of Montreal have jurisdiction to hear any issue arising between the parties to the contract.

Furthermore, if there was originally a risk of contradictory decisions in the two proceedings because of the wording of conclusions (d), (e) and (f) of the *Newfoundland* action, this danger has now disappeared with the decision of the Court of Appeal of Newfoundland to delete these paragraphs from the conclusions sought.

I think it is clear that the two actions in question raise different points of law. In the action brought in Newfoundland, the Court is required to interpret the lease contract made between the Govern-

qui rend le jugement de la Cour d'appel écrit:

Il se peut qu'avec les renseignements qu'on lui a fournis, la décision du premier juge ait été justifiée, ce que je n'ai pas toutefois à décider.

Dans l'arrêt *Campisi*, il s'agissait d'une requête pour jugement déclaratoire portant sur l'interprétation de l'art. 73*a*) de la *Charte de la langue française*. Cependant les requérants, qui s'étaient vu refuser l'inscription de leurs enfants au secteur anglais de deux commissions scolaires, s'étaient pourvus en appel de cette décision devant la Commission d'appel instituée en vertu de la Charte. La Cour d'appel a décidé que la requête en jugement déclaratoire était irrecevable, les requérants ayant soumis leur difficulté à la Commission d'appel dont les décisions sont sans appel. On a été d'avis qu'il s'agissait là d'une «espèce de litispendance» dans le sens de l'arrêt *Duquet*, précité. Le juge Turgeon a ajouté pour sa part que même si la Cour supérieure avait juridiction concurrente avec la Commission d'appel, la Cour d'appel doit s'abstenir de se prononcer afin d'éviter des décisions contradictoires.

Je ne crois pas qu'en l'espèce on puisse retrouver cette litispendance entre les procédures intentées devant les tribunaux de Terre-Neuve et la présente requête pour jugement déclaratoire.

Il me semble en effet impossible de conclure que l'*Hydro-Québec* a voulu échapper à la juridiction des tribunaux de Terre-Neuve quand selon les termes même du *Contrat d'énergie* seuls les tribunaux du district de Montréal ont juridiction pour décider de tout litige pouvant naître entre les parties au contrat.

De plus, s'il y avait, à l'origine, un risque de décisions contradictoires dans les deux procédures à cause du libellé des conclusions d), e) et f) de l'action de *Terre-Neuve*, ce danger est maintenant disparu avec la décision de la Cour d'appel de Terre-Neuve de retrancher ces paragraphes des conclusions recherchées.

Il me semble clair que les deux procédures en question soulèvent des questions juridiques différentes. Dans la procédure intentée à Terre-Neuve, il s'agit d'interpréter le contrat de bail intervenu

ment of that province and *Churchill Falls*. In the action brought in Quebec, the Court is required to interpret the *Power Contract* binding *Hydro-Québec* and *Churchill Falls*.

I would therefore dismiss this second argument made by *Churchill Falls* against the motion for a declaratory judgment.

6. Conclusion

I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal of Newfoundland allowed. Appeal of Churchill Falls dismissed.*

*Solicitors for the appellant and mis en cause Her Majesty the Queen in right of the Province of Newfoundland: Phillips & Vineberg, Montreal.*

*Solicitors for the appellant and mis en cause Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited: Desjardins, Ducharme, Desjardins & Bourque, Montreal.*

*Solicitors for the respondent: Geoffrion & Prud'Homme, Montreal.*

*Solicitors for the mis en cause Royal Trust Co.: Lavery, O'Brien, Montreal.*

entre le Gouvernement de cette province et *Churchill Falls*. Dans la procédure intentée au Québec, il s'agit d'interpréter le *Contrat d'énergie* qui lie l'*Hydro-Québec* et *Churchill Falls*.

Je suis donc d'avis de rejeter ce second moyen invoqué par *Churchill Falls* à l'encontre de la requête pour jugement déclaratoire.

6. Conclusion

Je rejetterais le pourvoi avec dépens.

*Le pourvoi de Terre-Neuve est accueilli. Le pourvoi de Churchill Falls est rejeté.*

*Procureurs de l'appelante et mise en cause Sa Majesté la Reine du chef de la province de Terre-Neuve: Phillips & Vineberg, Montréal.*

*Procureurs de l'appelante et mise en cause Churchill Falls (Labrador) Corporation Limitée: Desjardins, Ducharme, Desjardins & Bourque, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée: Geoffrion & Prud'Homme, Montréal.*

*Procureurs de la mise en cause C^ie^ Trust Royal: Lavery, O'Brien, Montréal.*

**Brenda Ruth Schneider** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia** *Respondent*;

and

**Attorney General of Canada, Attorney General of Manitoba, Attorney General for Alberta** *Interveners.*

File No.: 16255.

1981: December 17; 1982: August 9.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Jurisdiction — Provincial statute providing for compulsory treatment of heroin addicts — Whether or not statute ultra vires the province — Heroin Treatment Act, 1978 (B.C.), c. 24 — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c, N-1 — British North America Act, 1867, R.S.C. 1970, Appendix II, ss. 91, 92.*

Appellant initiated this action on behalf of herself and all persons in British Columbia who were or could have been psychologically or physically dependent upon a narcotic as defined in the *Heroin Treatment Act*. This appeal challenged the constitutional validity of that Act and sought a declaration that it was *ultra vires* the provincial legislature, and in particular, the plan for compulsory treatment and detention of heroin users as established by the Act.

*Held*: The appeal should be dismissed.

*Per* Laskin C.J.: The *Heroin Treatment Act* is *intra vires* as public health legislation providing for voluntary and compulsory treatment. This conclusion, however, must not be taken as excluding Parliament's power to legislate with respect to the national public health.

*Per* Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.: The "pith and substance" of the *Heroin Treatment Act* is the medical treatment of heroin addicts and is within the general provincial competence over health matters under s. 92(16) of the *B.N.A. Act*. Narcotic addiction is not a crime but a physiological condition necessitating both medical and social intervention by the province. The compulsory aspects of this intervention were incidental to the effec-

**Brenda Ruth Schneider** *Appelante*;

et

**Sa Majesté La Reine, du chef de la province de la Colombie-Britannique** *Intimée.*

et

**Le procureur général du Canada, le procureur général du Manitoba et le procureur général de l'Alberta** *Intervenants.*

N° du greffe: 16255.

1981: 17 décembre; 1982: 9 août.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

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

*Droit constitutionnel — Compétence — Loi provinciale prévoyant le traitement obligatoire des héroïnomanes — La Loi est-elle de la compétence de la province? — Heroin Treatment Act, 1978 (C.-B.), chap. 24 — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1 — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, S.R.C. 1970, Appendice II, art. 91, 92.*

L'appelante a intenté la présente action en son nom et au nom de toutes les personnes qui, en Colombie-Britannique, sont ou peuvent être sous la dépendance physique ou psychique d'un stupéfiant au sens de l'*Heroin Treatment Act*. Le présent pourvoi conteste la validité constitutionnelle de cette loi et demande de déclarer la Loi *ultra vires* de la législature provinciale et plus particulièrement le plan de détention et de traitement obligatoires des héroïnomanes qu'elle prévoit.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef Laskin: L'*Heroin Treatment Act* est *intra vires* en tant que loi sur la santé publique qui prévoit le traitement volontaire ou obligatoire. Cette conclusion ne doit pas s'interpréter comme empêchant le Parlement d'adopter des lois sur la santé publique.

*Les* juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard et Lamer: Le caractère véritable de l'*Heroin Treatment Act* est le traitement médical des héroïnomanes et relève de la compétence générale que la province possède en matière de santé en vertu du par. 92(16) de l'*A.A.N.B.* La toxicomanie n'est pas un crime, mais un état physiologique qui appelle une intervention à la fois médicale et sociale de la part de la province. Les aspects coercitifs de cette intervention sont

tiveness of the treatment and were not intended to be punitive or to be a colourable attempt to "stiffen the existing criminal law". The problem of heroin addiction neither reached a state of emergency giving rise to federal competence under the residual power nor went beyond provincial concern and become by its nature of national concern. Further, the Act did not fall within the scope of any federal power to legislate for the implementation of international treaties. Part II of the *Narcotic Control Act* which bears the title "Preventive Detention and Custody for Treatment" has not yet been proclaimed. In the absence of operative federal legislation no issue of paramountcy or conflict arises.

*Per* Estey J.: The *Heroin Treatment Act* is *intra vires*, based on the province's authority under s. 92(7),(13) and (16) and on the fact that it is not an invasion of exclusive federal power with reference to criminal law in s. 91(27). The divided or concurrent field of health legislation requires, however, that this conclusion come under subsequent review should it be joined in the field by federal legislation dealing with matters of national concern.

*R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984; *Reference re Intoxicated Persons Detention Act*, [1981] 1 W.W.R. 333, considered; *R. v. Aziz*, [1981] 1 S.C.R. 188; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981], 1 S.C.R. 714; *In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] A.C. 54; *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193; *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663; *Re C.F.R.B. and Attorney General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819; *Johnson v. Attorney General of Alberta*, [1954] S.C.R. 127; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Attorney-General of Manitoba v. Manitoba License Holders' Association*, [1902] A.C. 73; *Rinfret v. Pope*, (1886), 12 Q.L.R. 303 (Que. C.A.); *Re Bowack* (1892), 2 B.C.L.R. 216; *Fawcett v. Attorney-General for Ontario*, [1964] S.C.R. 625; *Green v. Livermore*, [1940] O.R. 381; *Re Levkoe and The Queen* (1977), 18 O.R. (2d) 265; *Attorney General for Canada and Dupond v. Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *MacDonald et al. v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario* (Labour Conventions Reference), [1937] A.C. 326; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney*

accessoires à l'efficacité du traitement et n'ont pas pour but de punir ni de constituer une tentative déguisée de «donner plus de rigueur au droit criminel existant». Le problème de l'héroïnomanie n'est pas devenu urgent au point de justifier le recours à la compétence du fédéral en vertu du pouvoir résiduel; il ne dépasse pas les préoccupations provinciales et n'est pas devenu une question nationale. La Loi, de plus, ne relève d'aucun pouvoir fédéral d'adopter des lois pour l'application de traités internationaux. La Partie II de la *Loi sur les stupéfiants* intitulée «Détention préventive et détention aux fins de traitement» n'a pas encore été mise en vigueur par proclamation. En l'absence de loi fédérale opérante, aucune question de prépondérance ou de conflit ne se pose.

*Le* juge Estey: L'*Heroin Treatment Act* est *intra vires* parce qu'elle relève de la compétence que possède la province en vertu des par. 92(7), (13) et (16) et qu'elle n'empiète pas sur la compétence fédérale exclusive en matière de droit criminel conférée par le par. 91(27). La santé étant un domaine de compétence concurrente ou partagée, cette conclusion devra être révisée si, plus tard, le fédéral adopte, dans le même domaine, une loi portant sur des questions d'intérêt national.

Jurisprudence: arrêts examinés: *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984; *Reference re Intoxicated Persons Detention Act*, [1981] 1 W.W.R. 333; arrêts mentionnés: *R. c. Aziz*, [1981] 1 R.C.S. 188; *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] A.C. 54; *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193; *Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *Munro c. Commission de la Capitale nationale*, [1966] R.C.S. 663; *Re C.F.R.B. and Attorney General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819; *Johnson c. Procureur général de l'Alberta* [1954] R.C.S. 127; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Attorney-General of Manitoba v. Manitoba License Holders' Association*, [1902] A.C. 73; *Rinfret v. Pope*, (1886), 12 Q.L.R. 303 (C.A. Qué.); *Re Bowack* (1892), 2 B.C.L.R. 216; *Fawcett c. Procureur général de l'Ontario*, [1964] R.C.S. 625; *Green v. Livermore*, [1940] O.R. 381; *Re Levkoe and The Queen* (1977), 18 O.R. (2d) 265; *Procureur général du Canada et Dupond c. Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770: *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *Smith c. La Reine* [1960] R.C.S. 776; *MacDonald et autre. c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario* (Renvoi sur les conventions sur le travail), [1937] A.C. 326;

*General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; *Canadian Indemnity Company v. Attorney-General of British Columbia*, [1977] 2 S.C.R. 504; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396; *Russell v. The Queen* (1882), 7 A.C. 829; *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, referred to.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1980), 111 D.L.R. (3d) 632, 52 C.C.C. (2d) 321, 22 B.C.L.R. 363, [1981] 1 W.W.R. 511, allowing an appeal from a judgment of McEachern C.J.B.C. finding the *Heroin Treatment Act ultra vires* of the British Columbia Legislature and invalidating a provincial Act. Appeal dismissed.

*Morris Manning, Q.C.*, and *Ingrid Myers*, for the appellant.

*A. B. Ferris, Q.C.*, and *Paul Pearlman*, for the respondent.

*T. B. Smith, Q.C.*, and *J. M. Mabbutt*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Brian Squair*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*William Henkel, Q.C.*, and *Inge Otto*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE—I am in agreement with Dickson J. that in its thrust as public health legislation in the Province, providing thereunder for voluntary and compulsory treatment, the *Heroin Treatment Act*, 1978 (B.C.), c. 24 is *intra vires*. This conclusion must not be taken as excluding the Parliament of Canada from legislating in relation to public health, viewed as directed to protection of the national welfare. In the present case, there is no preclusive or superseding federal legislation. Even Part II of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, providing for custodial treatment upon a conviction of a narcotic offence, remains unproclaimed. However, it is unnecessary to come to a determination whether on such a

*Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914; *Canadian Indemnity Company c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1977] 2 R.C.S. 504; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396; *Russell v. The Queen* (1882), 7 A.C. 829; *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Mann c. La Reine*, [1966] R.C.S. 238; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Saumur c. Ville de Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1980), 111 D.L.R. (3d) 632, 52 C.C.C. (2d) 321, 22 B.C.L.R. 363 [1981] 1 W.W.R. 511, qui a accueilli un appel du jugement du juge en chef de la Colombie-Britannique McEachern qui déclarait l'*Heroin Treatment Act ultra vires* de la législature de la Colombie-Britannique et l'invalidait. Pourvoi rejeté.

*Morris Manning, c.r.*, et *Ingrid Myers*, pour l'appelante.

*A. B. Ferris, c.r.*, et *Paul Pearlman*, pour l'intimée.

*T. B. Smith, c.r.*, et *J. M. Mabbutt*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Brian Squair*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*William Henkel, c.r.*, et *Inge Otto*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française des motifs rendu par

LE JUGE EN CHEF—Je suis d'accord avec le juge Dickson que, dans sa portée en tant que loi sur la santé publique dans la province, en vertu de laquelle il peut y avoir traitement volontaire ou forcé, l'*Heroin Treatment Act*, 1978 (C.-B.), chap. 24 est *intra vires*. Cette conclusion ne doit pas s'interpréter comme empêchant le Parlement du Canada d'adopter des lois sur la santé publique, qui viseraient à protéger le bien-être national. En l'espèce, il n'y a pas de loi fédérale pour l'écarter ou la remplacer. Même la Partie II de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, qui prévoit la cure fermée à la suite d'une déclaration de culpabilité d'une infraction relative aux stupéfiants n'a pas encore été mise en vigueur par proclama-

proclamation the provincial Act would become inoperable.

There is one other point I wish to make and it relates to the difficulties in this case raised by the majority judgment of this Court in *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984. It appears to be that case, in treating the *Narcotic Control Act* as an exercise of the federal residuary power to legislate for the peace, order and good government of Canada, that underpinned the reasons of McEachern C.J.B.C., invalidating the present provincial Act. Dickson J., in his reasons in this case, adequately disposed of the residuary power as a bar to the provincial Act, but I do not myself hesitate to say that, in my view, the majority judgment in the *Hauser* case ought not to have placed the *Narcotic Control Act* under the residuary power. Unless we revert to a long abandoned view of the peace, order and good government power as embracing the entire catalogue of federal legislative powers, I would myself have viewed the *Narcotic Control Act* as an exercise of the federal criminal law power (as did Dickson J. dissenting on another point in *Hauser*); and, had I sat in *Hauser*, I would have supported the reasons of Spence J. who, in *Hauser*, saw the *Narcotic Control Act* as referable to both the criminal law power and to the trade and commerce power; see [1979] 1 S.C.R. 984, at pp. 1003-04.

It is of some relevance to note that this Court speaking through Martland J., in *R. v. Aziz*, [1981] 1 S.C.R. 188, was cautious in its endorsement of *Hauser* as basing the *Narcotic Control Act* entirely on the peace, order and good government clause. There is, in my view, good ground to reconsider that basis of decision, resting as it did on a bare majority judgment.

tion. Il n'est toutefois pas nécessaire de décider si la loi provinciale deviendrait inopérante en cas de proclamation de la loi fédérale.

Il y a une autre question dont je tiens à parler, savoir la difficulté que pose, en l'espèce, l'arrêt de cette Cour à la majorité, *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984. Il semble que ce soit cet arrêt, où la *Loi sur les stupéfiants* a été considérée comme un exercice du pouvoir résiduel fédéral de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, qui a motivé le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique à déclarer invalide la loi provinciale en cause. Dans les motifs qu'il a rendus en l'espèce, le juge Dickson a bien tranché la question du pouvoir résiduel comme obstacle à la loi provinciale, mais je n'hésite pas à dire qu'à mon avis, dans *Hauser*, la majorité n'aurait pas dû rattacher la *Loi sur les stupéfiants* au pouvoir résiduel. A moins de revenir à une conception depuis longtemps délaissée de la compétence relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement, selon laquelle celle-ci englobe tout le répertoire des pouvoirs législatifs fédéraux, j'aurais, quant à moi, considéré la *Loi sur les stupéfiants* comme un exercice du pouvoir fédéral en matière de droit criminel (comme l'a fait le juge Dickson qui était dissident sur une autre question dans l'arrêt *Hauser*). Si j'avais siégé dans l'affaire *Hauser*, j'aurais souscrit aux motifs du juge Spence qui, dans cette affaire, a considéré que la *Loi sur les stupéfiants* relève à la fois de la compétence en matière de droit criminel et de la compétence en matière d'échanges et de commerce; voir [1979] 1 R.C.S. 984, aux pp. 1003 et 1004.

Il convient certainement de souligner que cette Cour, dans les motifs du juge Martland, dans l'arrêt *R. c. Aziz*, [1981] 1 R.C.S. 188, a approuvé avec circonspection l'arrêt *Hauser* en ce qu'il fonde la *Loi sur les stupéfiants* entièrement sur la clause relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement. A mon avis, il y aurait tout lieu de reconsidérer le fondement de cette décision qui s'appuie effectivement sur une faible majorité.

The judgment of Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ. was delivered by

DICKSON J.—The appellant, Brenda Ruth Schneider, has brought this action on her own behalf, and on behalf of all persons in British Columbia who are, or who may be, psychologically or physically dependent upon a narcotic as defined in the *Heroin Treatment Act*, 1978 (B.C.), c. 24. She challenges the constitutional validity of the Act and seeks a declaration that it is *ultra vires* the provincial legislature, in particular the plan for compulsory treatment and detention of heroin users established by the Act.

The constitutional question as settled by the order of the Chief Justice is brief and to the point:

Is the *Heroin Treatment Act* S.B.C. 1978 Chapter 24 *ultra vires* the legislature of the Province of British Columbia?

I

Narcotics Control Legislation

The federal Parliament has enacted over the years a series of increasingly elaborate statutes for the control of narcotic drugs. The first, comprising two sections, was passed in 1908, *An Act to prohibit the importation, manufacture and sale of Opium for other than medicinal purposes*, 1908 (Can.), c. 50. This was followed in 1911 by *The Opium and Drug Act*, 1911 (Can.), c. 17, in 1923 by *The Opium and Narcotic Drug Act*, 1923 (Can.), c. 22, and in 1961 by what is now in effect the present Act, entitled *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1.

Part I of the present Act lists four offences: (i) possession of narcotic, the offender being liable upon conviction on indictment to imprisonment for seven years; (ii) trafficking in a narcotic, the offender being liable to imprisonment for life; (iii) importing or exporting a narcotic, the maximum penalty being imprisonment for life, the minimum penalty being seven years; (iv) cultivating opium poppy or marihuana, the penalty being seven years imprisonment.

Version française des motifs des juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard et Lamer rendus par

LE JUGE DICKSON—L'appelante Brenda Ruth Schneider a intenté la présente action pour son propre compte et pour celui de toutes les personnes qui, en Colombie-Britannique, sont ou peuvent être sous la dépendance physique ou psychique d'un stupéfiant au sens de l'*Heroin Treatment Act*, 1978 (C.-B.) chap. 24. Elle conteste la constitutionnalité de cette loi et demande de déclarer la Loi *ultra vires* de la législature provinciale et plus particulièrement le plan de détention et de traitement obligatoires des héroïnomanes qu'elle prévoit.

La question constitutionnelle formulée par l'ordonnance du Juge en chef est brève et directe:

L'*Heroin Treatment Act*, S.B.C. 1978, chapitre 24, est-elle *ultra vires* de la législature de la province de Colombie-Britannique?

I

Lois sur les stupéfiants

Au cours des années, le Parlement fédéral a adopté une série de lois de plus en plus complexes sur les stupéfiants. La première loi qui comportait deux articles a été adoptée en 1908: *Loi prohibant l'importation, la fabrication et la vente de l'opium à toutes fins autres que celles de la médecine*, 1908 (Can.), chap. 50. Cette loi a été suivie en 1911 par la *Loi de l'opium et des drogues*, 1911 (Can.), chap. 17, en 1923 par la *Loi de l'opium et des drogues narcotiques*, 1923 (Can.), chap. 22 et, en 1961, par la loi actuellement en vigueur, la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1.

La Partie I de la loi actuelle énonce quatre infractions: (i) la possession d'un stupéfiant, pour laquelle une personne déclarée coupable sur acte d'accusation est passible de sept ans d'emprisonnement; (ii) le trafic d'un stupéfiant, pour laquelle une personne est passible de l'emprisonnement à perpétuité; (iii) l'importation ou l'exportation d'un stupéfiant, pour laquelle la peine maximale est l'emprisonnement à perpétuité et la peine minimale sept ans d'emprisonnement; (iv) la culture du pavot somnifère ou de la marihuana, pour laquelle la peine est de sept ans d'emprisonnement.

Part II of the Act, not yet proclaimed, bears the title "Preventive Detention and Custody for Treatment", and provides among other things, for a sentence of "custody for treatment for an indeterminate period, in lieu of any other sentence that might be imposed" upon conviction for a narcotic offence (s.17(1)). Section 19(1) of Part II provides:

**19.** (1) Where the legislature of a province enacts legislation that is designed to provide custody for treatment for persons who, although not charged with the offence of possession of a narcotic, are narcotic addicts, the Minister may enter into an agreement with the province, subject to the approval of the Governor in Council, for the confinement and treatment of such persons in institutions maintained and operated pursuant to the *Penitentiary Act* and for the release and supervision of such persons pursuant to the *Parole Act*.

Part II of the Act, when enacted in 1961, was expressed to come into force upon proclamation. To date, no proclamation has been made.

II

International Conventions

Canada has also been a party to a number of international conventions concerning dangerous drugs. The most recent such treaty, "Single Convention on Narcotic Drugs 1961", was signed on March 30, 1961. Article 38 of the Convention, when adopted, read:

*Treatment for Drug Addicts*

1. The Parties shall give special attention to the provision of facilities for the medical treatment, care and rehabilitation of drug addicts.

2. If a Party has a serious problem with drug addiction and its economic resources permit, it is desirable that it establish adequate facilities for the effective treatment of drug addicts.

Article 36, paragraph 1(b) was later added with effect from August 8, 1975:

(b) Notwithstanding the preceding sub-paragraph, when abusers of drugs have committed such offences,

La Partie II de la Loi, qui n'a pas encore été mise en vigueur par proclamation, s'intitule «Détention préventive et détention aux fins de traitement» et elle prévoit notamment que la cour doit imposer comme sentence la «détention aux fins de traitement pour une période indéterminée au lieu d'imposer toute autre sentence susceptible d'être prononcée» lors d'une déclaration de culpabilité d'une infraction relative aux stupéfiants (par. 17(1)). Le paragraphe 19(1) de la Partie II édicte:

**19.** (1) Lorsque la législature d'une province édicte une loi dont l'objet est de prévoir la détention aux fins de traitement des personnes qui, bien qu'elles ne soient pas accusées de l'infraction de possession d'un stupéfiant, sont adonnées aux stupéfiants, le Ministre peut conclure avec la province, sous réserve de l'approbation du gouverneur en conseil, un accord portant sur l'incarcération et le traitement de ces personnes dans des institutions maintenues et dirigées en conformité de la *Loi sur les pénitenciers* ainsi que sur la libération et la surveillance de ces personnes en conformité de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*.

Lorsque la Loi a été adoptée en 1961, il était prévu que la Partie II entrerait en vigueur à la date fixée par proclamation. Jusqu'à maintenant, la proclamation n'en a pas encore été faite.

II

Les conventions internationales

Le Canada est également signataire d'un certain nombre de conventions internationales relatives aux stupéfiants dangereux. Le plus récent de ces traités est la «Convention unique sur les stupéfiants de 1961» qui a été signée le 30 mars 1961. Au moment de son adoption, l'article 38 de la Convention se lisait comme suit:

*Traitement des toxicomanes*

1. Les Parties prendront particulièrement en considération les mesures à prendre pour faire traiter et soigner les toxicomanes et assurer leur réadaptation.

2. Si la toxicomanie constitue un grave problème pour une Partie et si ses ressources économiques le permettent, il est souhaitable qu'elle crée les services adéquats en vue du traitement efficace des toxicomanes.

L'alinéa 36(1)b) a été ajouté plus tard et il est entré en vigueur le 8 août 1975:

b) Nonobstant les dispositions énoncées à l'alinéa précédent, lorsque des personnes utilisant de façon abu-

the Parties may provide, either as an alternative to conviction or punishment or in addition to conviction or punishment, that such abusers shall undergo measures of treatment, education, aftercare, rehabilitation and social reintegration in conformity with paragraph 1 of article 38.

As of the same date, article 38 was repealed and the following substituted:

*Measures Against the Abuse of Drugs*

1. The Parties shall give special attention to and take all practicable measures for the prevention of abuse of drugs and for the early identification, treatment, education, after-care, rehabilitation and social reintegration of the persons involved and shall coordinate their efforts to these ends.

2. The Parties shall as far as possible promote the training of personnel in the treatment, after-care, rehabilitation and social reintegration of abusers of drugs.

3. The Parties shall take all practicable measures to assist persons whose work so requires to gain an understanding of the problems of abuse of drugs and of its prevention, and shall also promote such understanding among the general public if there is a risk that abuse of drugs will become widespread.

III

Further Background

The question whether jurisdiction in respect of the treatment of narcotic addicts lay in the federal or in the provincial domain was considered in 1955 by the Special Committee of the Senate on the Traffic in Narcotics Drugs. The Committee concluded, at p. xix, that it fell within provincial competence:

The Committee points out that it is not within the constitutional authority of the federal government to assume responsibility for treatment of drug addicts nor to enact the kind of legislation necessary in that connection. This legislation would need to include the compulsory treatment of addiction, the legal supervision and control over the individual during treatment and the right of control of an individual following treatment to prevent his return to the use of drugs, former associations or habits. These are considered to be matters beyond the competence of the federal government.

sive des stupéfiants auront commis ces infractions, les Parties pourront, au lieu de les condamner ou de prononcer une sanction pénale à leur encontre, ou comme complément de la condamnation ou de la sanction pénale, soumettre ces personnes à des mesures de traitement, d'éducation, de post-cure, de réadaptation et de réintégration sociale conformément aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 38.

A la même date, l'article 38 a été abrogé et remplacé par ce qui suit:

*Mesures contre l'Abus des Stupéfiants*

1. Les Parties envisageront avec une attention particulière l'abus des stupéfiants et prendront toutes les mesures possibles pour le prévenir et pour assurer le prompt dépistage, le traitement, l'éducation, la post-cure, la réadaptation et la réintégration sociale des personnes intéressées; elles coordonneront leurs efforts à ces fins.

2. Les Parties favoriseront, autant que possible, la formation d'un personnel pour assurer le traitement, la post-cure, la réadaptation et la réintégration sociale des personnes qui abusent de stupéfiants.

3. Les Parties prendront toutes les mesures possibles pour aider les personnes qui en ont besoin dans l'exercice de leur profession à acquérir la connaissance des problèmes posés par l'abus des stupéfiants et par sa prévention, et elles développeront aussi cette connaissance dans le grand public s'il y a lieu de craindre que l'abus de ces stupéfiants ne se répande très largement.

III

Autres données historiques

En 1955, le Comité spécial du Sénat sur le trafic des drogues narcotiques a examiné la question de savoir si le traitement des toxicomanes est une question du ressort fédéral ou provincial. Le Comité a conclu, à la p. xix, que cette question relève de la compétence des provinces:

[TRADUCTION] Le Comité signale que la constitution ne confère pas au gouvernement fédéral la compétence voulue pour assumer la responsabilité du traitement des toxicomanes, ni pour promulguer le genre de lois nécessaires à cet égard. De telles lois comprendraient nécessairement le traitement obligatoire de la toxicomanie, l'autorité juridique et la surveillance des individus durant le traitement et le droit de surveiller le malade après le traitement en vue de l'empêcher de revenir à l'usage des stupéfiants, à ses anciennes fréquentations ou habitudes. On estime que ces questions dépassent la compétence du gouvernement fédéral.

In 1973 the *Final Report of the Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs* (the Le Dain Commission) was published. The Report also considered the constitutional framework of legislation in Canada dealing with the non-medical use of drugs. The Report comes down firmly on the side of provincial competence with respect to compulsory treatment legislation at p. 927: "it is directed to the elimination of a medical condition rather than the deterrence of crime".

Earlier in the Report one reads, at p. 923:

> It is clearly established that the provinces have jurisdiction to provide for civil commitment or compulsory treatment. There is legislation for the involuntary confinement of mentally disordered persons in all of the provinces. The statement of the grounds for such confinement varies but generally speaking it is that the patient suffers from mental disorder in such a degree that hospitalization is required "for his own protection or welfare or that of others" or "in the interests of his own safety or the safety of others". There is also legislative provision in some provinces for the compulsory treatment of drug dependent persons, including alcoholics, either under the mental health legislation or some special statute. The constitutional basis for compulsory treatment legislation in the provinces would appear to be section 92(7) of the *BNA Act* respecting the establishment of hospitals and asylums, section 92(13) respecting property and civil rights, including questions of incapacity and the protection of incapables, and section 92(16) which covers the residual provincial jurisdiction with respect to matters of health.

Finally, we come to the 1977 British Columbia report entitled *A Plan for The Treatment and Rehabilitation of Heroin Users in British Columbia*, prepared by the Alcohol and Drug Commission for the provincial Minister of Health, and which preceded the enactment of the *Heroin Treatment Act*. The Report introduces the subject with the statement that the Province of British Columbia has had to contend with a drug addiction problem for sixty-eight years and has within this period had not less than 60 per cent or 70 per cent of all known heroin addicts in Canada living within its borders. The voluntary programs have, in general, it is said, attracted only a very small proportion of the user population, either the highly motivated or the desperate. Among other statements one reads in the course of a very lengthy

Le *Rapport final de la Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales* (la Commission Le Dain) a été publié en 1973. Le Rapport a aussi examiné le cadre constitutionnel de la législation canadienne portant sur l'usage des drogues à des fins non médicales. A la p. 917, le rapport opte nettement en faveur de la compétence provinciale pour ce qui est de la législation relative au traitement obligatoire: «elle vise surtout à enrayer une maladie».

Plus haut dans le Rapport, on lit, à la p. 913:

> La compétence législative des provinces est bien établie pour ce qui est de l'internement et des traitements obligatoires. Il existe dans toutes les provinces des dispositions législatives concernant l'internement des aliénés. L'énoncé des motifs de l'internement peut varier, mais il suffit ordinairement d'établir que le malade souffre d'aliénation mentale et que l'hospitalisation est nécessaire «pour assurer sa sécurité ou celle d'autrui». Dans certaines provinces, des dispositions prévoient la cure obligatoire pour les toxicomanes, notamment les alcooliques, au titre de lois sur la santé mentale ou de lois spéciales. Le fondement constitutionnel de cette législation pourrait être l'article 92 (paragraphe 7) de l'*Acte de l'A.N.B.* relatif à l'établissement d'hôpitaux et d'asiles, l'article 92 (paragraphe 13) concernant la propriété et les droits civils, qui comprennent les questions d'incapacité et de protection des incapables, et l'article 92 (paragraphe 16) qui définit le pouvoir restant aux provinces en matière de santé.

Finalement, nous en arrivons au rapport de 1977 de la Colombie-Britannique, intitulé: *A Plan for The Treatment and Rehabilitation of Heroin Users in British Columbia.* Ce rapport a été préparé par l'Alcohol and Drug Commission pour le compte du ministre provincial de la Santé et a précédé l'adoption de l'*Heroin Treatment Act*. Il aborde le sujet en disant que la province de la Colombie-Britannique fait face à un problème de toxicomanie depuis soixante-huit ans et que pendant cette période, la province a toujours compté entre 60 pour 100 et 70 pour 100 de tous les héroïnomanes connus au Canada. Les programmes volontaires, dit-on, n'ont en général attiré qu'une très petite proportion des toxicomanes, qu'il s'agisse de personnes très motivées ou de personnes désespérées. On trouve notamment, dans ce rap-

Report are the following. The problem of heroin use in Canada as well as in British Columbia has increased more than 500 per cent since 1956 and British Columbia has consistently had the most serious problem of any province. It is estimated that 60 per cent of crime in the province is drug-related and that the heroin trade generates $255 million annually. In the view of the authors of the Report, at p. 42, it was a problem which had to be attacked through the coordination of treatment and enforcement programs:

> In conclusion, it appears that since 1956 law enforcement efforts have not succeeded in stopping the spread of heroin or reducing its use in British Columbia. It is probable, however, that these efforts have been responsible for limiting the rate of growth of this problem and that more recent strategies have contributed to an overall decrease in availability and purity and an increase in cost, the effects of which are yet to be determined. What is now required is a more concerted effort, co-ordinated between all levels of enforcement, the criminal justice system and treatment. Only by working together and by viewing the problem as one that is of concern to everybody will observable success be attained.

Among the alternative courses of action listed at p. 43 are:

> • Continue the present situation, characterized by the present drug laws and enforcement patterns to control supply, and rely on voluntary treatment programmes to reduce demand.
>
> • Design a system which would change the law and enforcement patterns by allowing some type of legal heroin supply.
>
> • Design a system which would allow individuals apprehended under the present legislation to be diverted to a long-term programme aimed at reducing their involvement in the heroin scene.
>
> • Design a system which would reduce the demand for heroin by intervening directly into the drug use patterns of the current users.

Continuance of the current situation was rejected, at p. 45, because "it is clear that our current system puts us on an endless treadmill where a

port très élaboré, les affirmations suivantes. Les problèmes engendrés par l'usage de l'héroïne au Canada et en Colombie-Britannique ont quintuplé depuis 1956 et la Colombie-Britannique a constamment été la province la plus touchée à cet égard. On estime que 60 pour 100 des crimes commis dans la province sont liés à la drogue et que le commerce de l'héroïne se chiffre à 255 millions de dollars annuellement. Les auteurs du rapport estiment, à la p. 42, qu'il s'agit d'un problème dont la solution exige la coordination de programmes de traitement et de programmes d'application de la loi.

> [TRADUCTION] En conclusion, les efforts déployés en matière d'application des lois depuis 1956 ne semblent pas avoir permis d'enrayer le fléau grandissant de l'héroïne ou de l'usage de cette drogue en Colombie-Britannique. Il est cependant probable que ces efforts ont permis de limiter le taux de croissance de ce problème et que des stratégies plus récentes ont contribué à la rendre moins accessible et moins pure et à en augmenter le coût. Les effets de ces mesures sont encore à déterminer. Une concertation accrue et une coordination des efforts sont maintenant nécessaires entre tous les paliers d'intervention, le système de justice pénale et le traitement. Ce n'est qu'en travaillant ensemble et en considérant le problème comme d'intérêt général qu'il sera possible d'atteindre des résultats tangibles.

Parmi les mesures possibles, on énumère les suivantes, à la p. 43:

> [TRADUCTION]
>
> •. S'en tenir à la situation présente qui est caractérisée par les lois en matière de drogue et les méthodes d'application actuelles pour enrayer l'approvisionnement, et s'en remettre aux programmes de traitement volontaire pour diminuer la demande.
>
> • Etablir un système qui modifierait les lois et leurs méthodes d'application de manière à autoriser un certain approvisionnement d'héroïne.
>
> • Etablir un système qui permettrait de diriger les personnes appréhendées en vertu des lois actuelles dans un programme à long terme qui viserait à réduire leur participation au milieu de l'héroïne.
>
> • Etablir un système qui permettrait de diminuer la demande d'héroïne en intervenant directement dans les habitudes des héroïnomanes actuels.

Le maintien de la situation présente a été écarté, à la p. 45, parce que [TRADUCTION] «il est manifeste que le système actuel nous place dans un cercle

large expenditure on enforcement is essential to keep the problem under control, and a constantly high level of crime is an additional price we pay". Legalized heroin "does not provide the hope of any lasting solution or significant reduction of the overall problem. Heroin would be readily available and without an ongoing commitment to enforcement there would always be a potential growing addict population". The option of sending individuals who are addicted, once they are convicted of an offence, to a program that would deal with their addiction suffered the disadvantage that "it would still be necessary for someone to be convicted of an offence before they could enter the system" (at p. 47). The fourth alternative, "Direction into Treatment" was favoured:

> A programme of direction into treatment would place a new emphasis on controlling the heroin user to discourage him from using narcotics and to encourage him to effect a significant change in lifestyle. The twofold objective of removing the current using population from active use of the illicit drug and rehabilitating as many as possible could be anticipated to have some major positive effects [at p. 48].

The judge at trial and counsel for the appellant laid emphasis upon the following passage from the Report:

> Contrary to the opinions of some, the heroin user does not suffer from a disease in the traditional sense, but in fact accepts and in some cases enjoys his dependency. Dependency is not, for the majority who are not medical cases, a social disease either, but a learned condition. Few, if any, users are unaware of the potential danger of the drug and of the legal consequences of its use, prior to involvement in the subculture. Notwithstanding the above, dependency, once established, requires both medical and social intervention [at p. 50].

All that I would take from the above passage is that the heroin user does not suffer from a disease in the traditional sense but, nevertheless, dependency once established requires both social intervention and medical intervention.

In discussing method the Report notes, that in order to avoid establishing a precedent, a detailed

vicieux où on doit consacrer énormément à l'application des lois pour réussir à maîtriser la situation, et où on doit par surcroît subir les conséquences d'un taux constamment élevé de criminalité». La légalisation de l'héroïne [TRADUCTION] «n'apporte ni l'espoir d'une solution durable ni celui d'une diminution sensible du problème global. On pourrait facilement se procurer de l'héroïne et, à moins d'exercer une surveillance constante, on risquerait toujours de voir augmenter le nombre de toxicomanes». La solution qui consiste à soumettre les toxicomanes à un programme de cure après leur déclaration de culpabilité d'une infraction présente le désavantage suivant: «il serait encore nécessaire que la personne soit déclarée coupable d'une infraction pour pouvoir participer au programme» (à la p. 47). On a donc opté pour la quatrième possibilité: [TRADUCTION] «L'envoi en cure»:

> [TRADUCTION] Un programme d'envoi en cure mettrait l'accent sur la surveillance de l'héroïnomane de manière à le détourner de l'usage des stupéfiants et à l'inciter à apporter un changement radical dans son style de vie. On pourrait espérer retirer de grands avantages du double objectif qui consiste à réduire le nombre de toxicomanes et à en réhabiliter le plus grand nombre possible [à la p. 48].

Au procès, le juge et les avocats de l'appelante ont souligné avec insistance le passage suivant du rapport:

> [TRADUCTION] Contrairement à l'avis de certaines personnes, l'héroïnomane ne souffre pas d'une maladie au sens ordinaire de ce terme, mais, en réalité, il accepte et, dans certains cas, trouve agréable sa dépendance. Pour la majorité de ceux qui ne présentent pas de problèmes médicaux, la dépendance n'est pas non plus un mal social, mais une habitude acquise. Il est peu d'héroïnomanes, si vraiment il en est, qui ignorent le risque inhérent à la drogue et les conséquences légales de son usage, avant d'entrer dans ce milieu marginal. En dépit de cela, une fois acquise, la dépendance exige une intervention médico-sociale [à la p. 50].

Tout ce que je retiendrai du passage ci-dessus c'est que l'héroïnomane ne souffre pas d'une maladie au sens ordinaire de ce terme, mais que, néanmoins, une fois acquise, la dépendance exige une intervention autant sociale que médicale.

Dans son analyse de la méthode, le rapport souligne que pour éviter de créer un précédent, on

examination was made of existing federal and provincial legislation including the *Mental Health Act*, the *Health Act*, the *Venereal Disease Suppression Act* and the *Regulations for Control of Communicable Diseases*. The conclusion is reached, at p. 54, that "In the British Columbia Provincial Acts and Regulations, authority is vested in specified officials to direct persons into treatment where warranted for their own or others' well-being with appropriate penalties for non-compliance" and "Therefore, consideration of some form of direction into treatment is NOT precedent setting".

The key unit envisaged in the total system of care for the heroin user would be the Area Coordinating Centre where a decision would be reached by an Evaluation Panel as to use, type of support and duration of support required, predicated on the historical, biochemical and clinical evidence provided the Evaluation Panel of the centre after diagnosis. The Director, acting on the advice of the panel, would make the decision as to direction into treatment or otherwise.

Depending on the examination, evaluation and findings, under the authority of the Director, the patient might be channelled into support by one of the four following procedures;

—Referral to a supportive in-patient unit where committal for treatment is authorized.

—Referral to a supportive in-patient unit where voluntary admission is requested and approved.

—Referral to a community clinic where a personal history justifies such a procedure.

—Release without prejudice where the examination criteria do not indicate use or dependency.

On the subject of "Period of Control" the Report reads at p. 127:

> Subject to a satisfactory treatment and aftercare record, the medical entry plan envisages the total system of treatment and aftercare being three years.
>
> In cases where the user is directed to a treatment centre the time spent in treatment will be six months

a procédé à un examen détaillé des lois fédérales et provinciales existantes dont la *Mental Health Act*, la *Health Act*, la *Venereal Disease Suppression Act* et les *Regulations for Control of Communicable Diseases*. Le rapport conclut, à la p. 54, que [TRADUCTION] «Dans les lois et les règlements de la Colombie-Britannique, certains fonctionnaires ont le pouvoir d'envoyer des personnes en cure pour leur propre bien ou pour celui d'autres personnes, lequel pouvoir est assorti de peines appropriées en cas de refus d'obtempérer» et «Par conséquent, la possibilité d'une certaine forme d'envoi en cure NE constitue PAS un précédent».

L'unité maîtresse de l'ensemble du système de traitement des héroïnomanes serait le centre de coordination régional où un comité d'évaluation déciderait de l'usage, du genre et de la durée des soins requis, en fonction des données historiques, biomédicales et cliniques dont il disposerait après diagnostic. Le directeur, sur avis du comité, déciderait de l'envoi en cure ou de toute autre procédure.

Selon les résultats des examens et de l'évaluation effectués sous l'autorité du directeur, l'une des quatre formes de procédure suivantes pourrait être appliquée au patient:

—L'envoi en cure fermée lorsque l'envoi en cure est autorisé.

—L'envoi en cure fermée sur acceptation d'une demande en ce sens de la part du patient.

—L'envoi dans une clinique communautaire lorsque les antécédents du patient justifient une telle procédure.

—La libération sous toutes réserves si, d'après les normes d'examen, il n'y a ni usage ni dépendance.

Quant à la «Période de surveillance», le rapport dit ceci, à la p. 127:

> [TRADUCTION] Sous réserve d'un dossier de cure et de post-cure satisfaisant, le programme d'envoi en cure sur prescription médicale prévoit que la durée totale de la cure et de la post-cure sera de trois ans.
>
> Dans le cas où l'héroïnomane est envoyé à un centre de traitement, la durée de la cure sera de six mois, mais

which may be extended for a further six-month period with the approval of the Board of Review. Where rapid response to the treatment regimen is confirmed, the Director of the treatment centre may, at the appropriate time, authorize the transfer of the patient to a community clinic or directly to community supervision.

In cases where the user is committed to a community clinic the time spent in treatment may be a period of one year which may be extended for a further six months with the approval of the Board of Review.

In the case of voluntary entry, the treatment phase can be omitted or the time spent in treatment materially reduced, if the initial evaluation or satisfactory progress of the patient warrants such a decision.

Notwithstanding the above, the time spent in total in the system (3 years) cannot be reduced.

The Report recommended that the Ministry of Health set up such treatment programs as would offer assistance to the individual, and be in conformity with the overall plan. The programs might include: psychiatric assessment and counselling; behavioural modification; hypnosis; professional intensive individual counselling, group or family therapy; chemotherapy such as use of a narcotic antagonist, immunological techniques if developed, narcotic support in special cases; training for employment support.

IV

The *Heroin Treatment Act*

The *Heroin Treatment Act* was enacted by the Legislative Assembly of the Province of British Columbia on June 28, 1978. It was given Royal Assent on June 29, 1978, and came into force by Proclamation on July 27, 1978.

The Act provides a comprehensive program for the evaluation, treatment and rehabilitation of narcotic dependent persons. It makes provision for the creation and administration of treatment centres and clinics for persons dependent on narcotics as defined in the Act, essentially heroin and methadone. Extraordinary powers are given to the directors and evaluation panels of the area coordinating centres which are charged with the task of examing persons believed to be dependent on narcotics. The evaluation panel consists of at least

elle pourra être prolongée de six mois avec l'approbation du comité de révision. Si le patient répond bien au régime de cure, le directeur du centre de traitement pourra, en temps utile, autoriser le transfert du patient à une clinique communautaire ou directement en régime de surveillance communautaire.

Si l'héroïnomane est confié à une clinique communautaire, la durée de la cure sera d'une année et pourra être prolongée de six mois avec l'approbation du comité de révision.

Dans le cas de cure volontaire, on pourra omettre la phase de la cure ou réduire sensiblement la durée de la cure si l'évaluation initiale ou des progrès satisfaisants du patient justifient une telle décision.

Nonobstant ce qui précède, la durée totale du traitement ne pourra être inférieure à trois ans.

Le rapport recommande au ministre de la Santé d'établir des programmes de cure qui s'adressent à l'individu et sont conformes à l'ensemble du plan. Les programmes pourraient comprendre l'évaluation et le counseling psychiatriques, la modification du comportement, l'hypnose, le counseling individuel intensif, la thérapie de groupe ou familiale, la chimiothérapie comme l'usage d'une substance antagoniste, les techniques immunologiques, s'il en existe, les narcotiques de soutien dans des cas spéciaux et la formation professionnelle de soutien.

IV

L'*Heroin Treatment Act*

L'Assemblée législative de la province de Colombie-Britannique a adopté l'*Heroin Treatment Act* le 28 juin 1978. Cette loi a reçu la sanction royale le 29 juin 1978 et est entrée en vigueur par proclamation le 27 juillet 1978.

La Loi établit un programme complet d'évaluation, de traitement et de réhabilitation des toxicomanes. Elle prévoit la création et l'administration de centres de traitement et de cliniques pour les personnes adonnées aux stupéfiants définis dans la Loi, principalement l'héroïne et la méthadone. Des pouvoirs extraordinaires sont conférés aux directeurs et aux comités d'évaluation des centres de coordination régionaux qui ont pour fonction d'examiner les personnes soupçonnées de toxicomanie. Le comité d'évaluation est composé de trois

two medical practitioners and one other person. The panel conducts medical and psychological examinations at the centre and reports in writing to the director "as to whether the person is or is not in need of treatment for narcotic dependency and where, in its opinion, treatment is needed, make[s] recommendations to the director respecting the treatment" (s. 4(2)). For the purpose of this examination a person may be detained at the centre for up to seventy-two hours and he must furnish a sample of blood and urine.

Where treatment is recommended by the panel, the person may consent to committal for treatment. Where the panel is unanimous in recommending treatment and the person does not voluntarily submit to treatment, the director of the centre may apply, *ex parte* if need be, to the Supreme Court of British Columbia for a committal order. The Court must be satisfied that the person is in need of treatment for narcotics dependency.

A director is required to develop programs for the treatment of patients generally, or for the treatment of an individual patient. A treatment program of a patient must last for three consecutive years and may include some or all of the following:

5. ...

(2) ...

(a) where a director so directs, detention in a treatment centre for a period not exceeding 6 consecutive months;

(b) attendance at a treatment clinic at such times and over such periods, not exceeding one year in total, as a director may require;

(c) supervision and direction of such kind and of such duration as a director may require.

Such a period of detention may not be shortened or rescinded but is subject to indefinite prolongation by a Board of Review. The Board of Review may also require a person who is not in detention but who is undergoing treatment to be detained in a treatment centre or clinic for up to seven days in order "to facilitate the assessment, monitoring, or review of a patient's needs" (s. 7(2)).

personnes dont au moins deux médecins. Le comité procède à des examens médicaux et psychologiques au centre et signale par écrit au directeur [TRADUCTION] «si une personne a besoin ou non d'un traitement à cause de sa dépendance à l'égard des stupéfiants et s'il estime que la personne a besoin de traitement, il fait au directeur des recommandations quant à ce traitement» (par. 4(2)). Aux fins de cet examen, on peut détenir une personne au centre pendant soixante-douze heures au maximum et la personne doit fournir des échantillons de sang et d'urine.

Lorsque le comité recommande une cure, la personne visée peut consentir à l'envoi en cure. Si le comité recommande la cure à l'unanimité et que la personne ne consent pas à la cure, le directeur du centre peut, par requête *ex parte* soumise à la Cour suprême de la Colombie-Britannique demander une ordonnance d'envoi en cure. La cour doit être convaincue que la personne a besoin d'une cure à cause de sa dépendance à l'égard des stupéfiants.

Le directeur doit élaborer des programmes pour le traitement des patients en général ou pour le traitement d'un patient en particulier. Le programme de traitement d'un patient doit durer trois années consécutives et peut comporter certaines ou la totalité des mesures suivantes:

5. ...

(2) ... [TRADUCTION]

a) lorsque le directeur le prescrit, la détention dans un centre de traitement pour une période n'excédant pas six mois consécutifs;

b) la présence à un centre de traitement aux moments et pendant les périodes, dont le total ne doit pas dépasser un an, que le directeur peut prescrire;

c) la surveillance et les directives de la nature et de la durée que le directeur peut prescrire.

Il n'est pas possible de réduire la période de détention ou d'y mettre fin, mais un comité de révision peut la prolonger indéfiniment. Le comité de révision peut aussi exiger qu'une personne qui n'est pas détenue, mais qui suit un traitement, soit détenue dans un centre de traitement ou une clinique pendant sept jours au maximum, pour [TRADUCTION] «faciliter l'évaluation, la surveillance ou la révision des besoins du patient» (par. 7(2)).

The powers conferred are couched in language emphasizing the medical treatment aspect of the legislation. A person subject to such treatment is defined in the Act as a "patient" whether his treatment is voluntary or compulsory. The evaluation panel which recommends treatment must be composed of medical practitioners in the majority. The recommendation is based on a medical and psychological examination. The Act contains the following statutory definitions of "dependency" and of "patient" and of "treatment" from s. 1 of the Act:

"dependency"

means, in relation to a narcotic, a state of psychological or physical dependence, or both, on a narcotic following its use of a periodic or continuous basis;

"patient"

means a person who is required or voluntarily agrees to undergo treatment under this Act;

"treatment"

means one, more, or all of direction, supervision, or treatment of a person for the purpose of terminating or diminishing his use of or dependency on a narcotic.

The Act contains a number of sections embodying measures which, combined with the possibility of detention for a period of at least three years, are the major concern of the appellant. Section 13(1) of the Act provides that where a peace officer believes on reasonable grounds that a person has a dependency on a narcotic, he may give the person a written notice specifying a date and time, not less than twenty-four hours or more than forty-eight hours from the time of the giving of the notice, at which the person is required to attend and submit to examination at the area coordinating centre specified in the notice. Where a person does not comply with such a notice the Alcohol and Drug Commission of the province may apply *ex parte* to a judge for a warrant authorizing a peace officer to take the person into custody and take him to an area coordinating centre.

Les pouvoirs accordés sont énoncés en des termes qui mettent l'accent sur l'aspect traitement médical de la Loi. La personne soumise à une telle cure est définie dans la Loi comme un «patient», que la cure soit volontaire ou imposée. Le comité d'évaluation qui recommande la cure doit se composer, à la majorité, de médecins. La recommandation se fonde sur un examen médical et psychologique. L'article 1 de la Loi donne les définitions suivantes des termes [TRADUCTION] «dépendance», «patient» et «cure»:

[TRADUCTION] «dépendance»

relativement à un stupéfiant, signifie un état d'asservissement psychique ou physique, ou les deux, à un stupéfiant engendré par un usage périodique ou habituel;

«patient»

désigne une personne à laquelle une cure est imposée ou qui la subit volontairement en application de la Loi;

«cure»

désigne un seul, plusieurs ou la totalité des mesures de surveillance ou de cure imposées à une personne en vue de supprimer ou de réduire son usage d'un stupéfiant ou sa dépendance à son égard.

Un certain nombre d'articles de la Loi comportent des mesures qui, s'ajoutant à la possibilité de détention pendant au moins trois ans, constituent la préoccupation principale de l'appelante. Le paragraphe 13(1) de la Loi prévoit que si un agent de la paix a des motifs raisonnables de croire qu'une personne souffre de toxicomanie, il peut lui remettre un avis écrit dans lequel il lui indique une date et une heure, qui ne doivent pas être moins de vingt-quatre heures ni plus de quarante-huit heures après la communication de l'avis, auxquelles la personne est tenue de se présenter au centre de coordination régional mentionné dans l'avis, pour y subir un examen. Si la personne refuse d'obtempérer à un tel avis, l'Alcohol and Drug Commission de la province peut, par requête *ex parte*, demander à un juge de délivrer un mandat autorisant un agent de la paix à détenir la personne et à la conduire à un Centre de coordination régional.

By section 11(1) of the Act, a peace officer is authorized, without the necessity of obtaining a warrant, to take to a treatment centre for detention a person whose detention has been authorized or required under the Act. Section 16 creates several offences for non-compliance with the Act.

There are certain safeguards built into the Act which demonstrate a concern for the protection of the individual who finds himself subject to the provisions of the Act. The evaluation panel must make a report in writing to the director within sixty hours of the admission of a person for examination and the director must "forthwith" provide the person examined with a copy. A court order of committal may be appealed to the Court of Appeal of British Columbia and nothing in the Act deprives a person of any remedies available upon judicial review. Where an application has been made for an extension of treatment or detention the patient has the right to be heard by the Board of Review.

V

Judicial History

McEachern C.J.S.C. in a lengthy judgment at trial (reported [1980] 2 W.W.R. 27 and 691) found the *Heroin Treatment Act* to be *ultra vires* the provincial legislature. The Supreme Court of Canada recently considered the *Narcotic Control Act, supra*, and the majority found it to be valid federal legislation under the federal residuary power (*R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984); McEachern C.J. was of the opinion that, like other new subjects of federal competence, (*i.e.* aviation and radio communications) narcotics must receive an extended rather than a restrictive interpretation. Once a matter has fallen under exclusive federal jurisdiction there is no room left for the province to legislate with respect to that subject matter. McEachern C.J. determined that the true subject matter of the *Narcotic Control Act* encompassed the protection of the public, including addicts, from the consequences of drug use or abuse.

As the true subject matter of the *Heroin Treatment Act* in the view of the learned Chief Justice

En vertu du par. 11(1) de la Loi, un agent de la paix peut, sans mandat, conduire à un centre de traitement une personne dont la détention a déjà été autorisée ou exigée en vertu de la Loi. L'article 16 crée plusieurs infractions au cas d'inobservance de la Loi.

Il y a dans la Loi certaines garanties qui traduisent un souci de protéger les personnes qui y sont assujetties. Le comité d'évaluation doit produire un rapport écrit au directeur dans les soixante heures qui suivent l'entrée de la personne pour examen et le directeur doit «immédiatement» en remettre copie à la personne examinée. Une ordonnance d'incarcération rendue par une cour peut faire l'objet d'un appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et rien dans la Loi ne prive une personne des recours que lui offre le contrôle judiciaire. Lorsqu'une demande de prolongation de cure ou de détention a été déposée, le patient a le droit de se faire entendre par le comité de révision.

V

Historique judiciaire

Dans un long jugement en première instance (publiée à [1980] 2 W.W.R. 27 et 691), le juge en chef McEachern a conclu que l'*Heroin Treatment Act* est *ultra vires* de la législature de la province. La Cour suprême du Canada a récemment étudié la *Loi sur les stupéfiants*, précitée, et a conclu à la majorité qu'il s'agit d'une loi fédérale valide en vertu de la compétence résiduelle du Parlement fédéral (*R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984). Le juge en chef McEachern a estimé que, tout comme les autres domaines nouveaux de compétence fédérale (notamment l'aviation et la radiocommunication), les stupéfiants doivent recevoir une interprétation libérale et non restrictive. Dès qu'un sujet relève de la compétence exclusive du fédéral, la province ne peut plus légiférer en la matière. Le juge en chef McEachern a statué que l'objet véritable de la *Loi sur les stupéfiants* englobe la protection du public, notamment celle des toxicomanes, contre les conséquences de l'usage ou de l'abus des drogues.

De l'avis du savant Juge en chef, puisque l'objet véritable de la *Heroin Treatment Act* relève de la

fell within the residuary jurisdiction of the federal Parliament, it did not matter that Parliament had not occupied the entire field. He thus concluded that the compulsory provisions of the *Heroin Treatment Act* were *ultra vires* the provincial legislature.

Although not strictly necessary, he went on to consider the second submission of the appellant: that the *Heroin Treatment Act* is a colourable infringement on the federal Parliament's exclusive criminal law jurisdiction. He found that this Court's decision in *Hauser* did not mean that the *Narcotic Control Act* is not also legislation in relation to criminal law. The *Heroin Treatment Act*, he held, fell within the language of Rand J. in the *Margarine Reference* case (*Reference as to the Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1) in that it was enacted

> with a view to a public purpose, i.e., to protect the public against the hazards of narcotics; and included within that puble [*sic*] are all those factors mentioned by Rand J.,viz., public peace, order, security, health and morality (at p. 72).

He rejected the arguments that characterize the Act as health legislation properly within provincial competence.

On Appeal

The British Columbia Court of Appeal sitting as a five-man bench unanimously reversed McEachern C.J. (reported [1981] 1 W.W.R. 511). McFarlane J.A., speaking on behalf of the Court, found that the *Heroin Treatment Act* was valid provincial legislation.

McFarlane J.A. first disposed of some points that had an important bearing on the reasoning of McEachern C.J. Stress had been laid in the lower court on the proposition that the general purpose of the *Narcotic Control Act* as well as of the *Heroin Treatment Act* is the protection of the public against the evils of narcotics. The general purpose of much legislation, both federal and provincial, may well be said to be protection of the public, but the existence of that general purpose

compétence résiduelle du Parlement fédéral, il importe peu que le Parlement n'ait pas couvert tout le domaine de législation. Il a donc conclu que les dispositions coercitives de l'*Heroin Treatment Act* sont *ultra vires* de la législature provinciale.

Même si ce n'était pas absolument nécessaire, il a étudié le second moyen de l'appelante portant que l'*Heroin Treatment Act* constitue un empiètement déguisé sur la compétence exclusive du Parlement fédéral en matière de droit criminel. Il a conclu que l'arrêt *Hauser* de cette Cour ne signifie pas que la *Loi sur les stupéfiants* n'est pas aussi une loi touchant au droit criminel. Il a conclu que l'avis du juge Rand dans le *Renvoi sur la margarine* (*Reference as to the Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1) s'applique à l'*Heroin Treatment Act* puisque cette loi a été adoptée

> [TRADUCTION] à des fins publiques, c'est-à-dire pour protéger le public des dangers des stupéfiants; sont compris dans ces fins publiques tous les facteurs mentionnés par le juge Rand, c.-à-d. la paix, l'ordre, la sécurité, la santé et les bonnes moeurs publics (à la p. 72).

Il a rejeté les prétentions qui qualifient la Loi de législation sur la santé qui relève nettement de la compétence de la province.

L'appel

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique siégeant en une formation de cinq juges, a infirmé à l'unanimité la décision du juge en chef McEachern (arrêt publié à [1981] 1 W.W.R. 511). Le juge McFarlane, s'exprimant au nom de la Cour, a conclu que l'*Heroin Treatment Act* est une loi provinciale valide.

Le juge McFarlane a d'abord statué sur certains points qui ont eu une grande influence sur le raisonnement du juge en chef McEachern. En première instance, on a insisté sur la thèse selon laquelle la *Loi sur les stupéfiants*, tout comme l'*Heroin Treatment Act*, vise généralement à protéger le public contre le fléau que constituent les stupéfiants. L'objectif général d'un grand nombre de lois, tant fédérales que provinciales, peut fort bien être la protection du public, mais l'existence

does not provide a test of constitutional validity. On the other hand, the purpose of a legislative enactment is generally evidential of its true nature or subject matter.

As to the admission in evidence of the Report (*Plan for The Treatment and Rehabilitation of Heroin Users in British Columbia*), it seemed to McFarlane J.A. that McEachern C.J. allowed himself to be led into a use of the document to too great a degree in his search for the pith and substance of the legislation, whereas the purpose and intention of the legislature could be sought and found in an examination of the statute itself, but with little reliance on the extrinsic aid of the Report.

Thirdly, McFarlane J.A. disagreed with the two conclusions drawn by the trial judge based on *Hauser, supra*, namely that the subject matter of the *Heroin Treatment Act* and that of the *Narcotic Control Act* are the same, *i.e.* narcotics, and that "narcotics", being classified as legislation under the residual power, in effect becomes a subject matter added as a new head under s. 91 of the *B.N.A. Act* and that matters so classified acquire a greater degree of exclusivity within federal legislative authority because they affect the body politic of Canada. As a matter of interpretation, it seemed clear that the residual power was subject to and could not include, matters coming within the classes of subjects enumerated in s. 92 of the *B.N.A. Act*.

McFarlane J.A. then turned to a consideration of the pith and substance of the impugned legislation, in order to ascertain the class of subject to which it really related.

The legislative plan, he held, is not to punish users of narcotics. It is to provide facilities and other means designed to assist in terminating or diminishing a "patient's" use or dependency on the defined narcotic. Mr. Justice McFarlane commented that a dependent person or patient, could receive a full three years of treatment under the Act without any detention whatever. With respect to the compulsory aspects of the 'treatment' he said, at p. 520:

de cet objectif général ne fournit pas un critère de validité constitutionnelle. D'autre part, l'objectif d'une mesure législative révèle généralement sa nature ou son objet véritable.

Pour ce qui est d'avoir reçu en preuve le rapport (intitulé *Plan for The Treatment and Rehabilitation of Heroin Users in British Columbia*), il a semblé au juge McFarlane que le juge en chef McEachern se soit laissé entraîner à recourir démesurément au document pour déterminer le caractère véritable de la Loi, alors qu'il aurait pu rechercher et découvrir le but et l'intention du législateur en examinant la Loi elle-même, sans trop faire appel à l'aide extérieure du rapport.

En troisième lieu, le juge McFarlane a rejeté les deux conclusions du juge de première instance fondées sur l'arrêt *Hauser*, précité, savoir que l'*Heroin Treatment Act* et la *Loi sur les stupéfiants* ont le même objet, c.-à-d. les stupéfiants, et que, étant considérés comme un domaine de législation ressortissant au pouvoir résiduel, les stupéfiants deviennent un sujet ajouté à l'art. 91 de l'*A.A.N.B.* et les questions ainsi classifiées relèvent plus exclusivement de la compétence législative du fédéral parce qu'elles intéressent l'Etat canadien. Selon l'interprétation donnée, il a semblé clair que le pouvoir résiduel est subordonné aux matières qui relèvent des catégories de sujets énumérées à l'art. 92 de l'*A.A.N.B.* et qu'il ne peut pas les inclure.

Le juge McFarlane a ensuite abordé l'étude du caractère véritable de la loi contestée en vue de déterminer les catégories de sujets à laquelle elle se rapporte vraiment.

Selon lui, le but de la Loi n'est pas de punir ceux qui font usage de stupéfiants. Elle vise à fournir des services et d'autres moyens permettant d'aider un «patient» à supprimer ou à réduire son usage du stupéfiant qui y est défini ou sa dépendance à son égard. Le juge McFarlane fait observer qu'une personne ou un patient souffrant de toxicomanie peut suivre la cure complète de trois ans prévue dans la Loi sans être détenu d'aucune manière. A propos de l'aspect coercitif de la «cure» il affirme, à la p. 520:

(2) The compulsory aspects of the "treatment" authorized by the Act appear to me to be clearly consistent with the statutory definition of that word which shows the purpose to be "terminating or diminishing his use of or dependency on a narcotic".

I think reference may be made usefully to Resolution II of the United Nations Conference for the adoption of a Single Convention on Narcotic Drugs, 1961 (referred to by the Supreme Court of Canada in *R. v. Hauser*, supra, at p. 16), which declares:

> "That one of the most effective methods of treatment for addiction is treatment in a hospital institution having a drugfree atmosphere."

Mr. Justice McFarlane continued at pp. 520-21:

The subject matter of the statute then is the establishment, maintenance, management and administration of facilities and institutions for the purpose of terminating or diminishing a use of or dependency on narcotics included in the statutory definition. The subject matter cannot be said correctly to be the control of narcotics within the meaning of those words as they are used by the Supreme Court of Canada in *R. v. Hauser*, supra. Neither can the subject matter be said correctly to be the control and punishment of persons who use or deal in narcotics.

McFarlane J.A. concluded that the statute is in pith and substance enacted in relation to the classes of subjects enumerated in s. 92(7),(13), (15), and (16) of the *B.N.A. Act*. The *Heroin Treatment Act* is therefore *intra vires* the provincial legislature. Moreover, the *Heroin Treatment Act* does not conflict with the *Narcotic Control Act* and is therefore operative.

VI

The Issues

The appellant submits that the Court of Appeal for British Columbia erred in law in four respects:

a) In failing to hold that the *Heroin Treatment Act* is in pith and substance legislation in relation to the subject matter of narcotics and as such falls within the exclusive power of the Parliament of Canada to make laws for the peace, order and good government of Canada.

b) In failing to hold that the *Heroin Treatment Act* is in pith and substance legislation in relation to criminal law and as such is within the exclusive legislative

[TRADUCTION] (2) Les aspects coercitifs de la «cure» autorisée par la Loi me paraissent nettement compatibles avec la définition législative de ce terme, selon laquelle l'objectif est de «supprimer ou de réduire son usage d'un stupéfiant ou sa dépendance à son égard».

Je crois utile de mentionner la résolution II de la conférence des Nations Unies pour l'adoption de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961 (mentionnée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Hauser*, précité, à la p. 998) qui dit:

> «Une des méthodes les plus efficaces de traiter la dépendance à l'égard des stupéfiants est de le faire dans une institution hospitalière qui n'a pas de contact avec le milieu de la drogue.»

Le juge McFarlane poursuit, aux pp. 520 et 521:

[TRADUCTION] L'objet de la Loi est donc la création, le maintien, la gestion et l'administration de services et d'institutions dans le but de supprimer ou de réduire l'usage des stupéfiants compris dans la définition de la Loi ou la dépendance à leur égard. On ne peut pas vraiment dire que l'objet de la Loi est la réglementation des stupéfiants au sens de cette expression dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada *R. c. Hauser*, précité. On ne peut pas vraiment dire non plus que la Loi a pour objet de surveiller et de punir les personnes qui font usage de stupéfiants ou qui en font le trafic.

Le juge McFarlane a conclu que, de par son caractère véritable, il s'agit d'une loi relative aux catégories de sujets énumérées aux par. 92(7), (13),(15) et (16) de l'*A.A.N.B.* L'*Heroin Treatment Act* est donc *intra vires* de la législature provinciale. De plus, l'*Heroin Treatment Act* n'entre pas en conflit avec la *Loi sur les stupéfiants* et elle est en conséquence opérante.

VI

Les moyens d'appel

L'appelante soutient que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur de droit à quatre égards:

a) En ne statuant pas que, de par son caractère véritable, l'*Heroin Treatment Act* est une loi relative aux stupéfiants et qu'à ce titre, elle relève du pouvoir exclusif du Parlement du Canada de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada.

b) En ne statuant pas que, de par son caractère véritable, l'*Heroin Treatment Act* est une loi relative au droit criminel et qu'à ce titre, elle relève de la

authority of the Parliament of Canada under section 91(27) of the *British North America Act, 1867.*

c) In failing to hold that the *Heroin Treatment Act* is in pith and substance legislation in relation to the subject matter of narcotics and as such falls within the treaty making power exercised by Parliament and as such falls within the exclusive power of Parliament to make laws for the peace, order and good government of Canada.

d) In failing to hold that the *Heroin Treatment Act*, if valid Provincial legislation, was rendered inoperative by operation of the *Narcotic Control Act*, the *Criminal Code*, the *Penitentiaries Act* and the *Parole Act.*

VII

Laws for the Peace, Order and Good Government of Canada

The decision of this Court in *R. v. Hauser, supra,* is authority for the proposition that the Parliament of Canada, pursuant to its powers to make laws in relation to the peace, order and good government of Canada, is competent to make laws for the control of narcotics. Mr. Justice Pigeon, speaking for the majority of the Court, makes this clear in the following passage, at p. 998, from his judgment:

> The history of the drug control legislation, as well as its general scheme, shows in my view that it is what the English title calls it: an act for the *control* of narcotic drugs.

In my view the impugned legislation is not legislation in relation to "control of narcotic drugs" as that subject matter was characterized in *Hauser* but deals, rather, with the consequences of narcotic use from a provincial aspect. The issue before the Court in *Hauser* concerned the authority of the federal government to prosecute various offences under the *Narcotic Control Act*, that is to say, the possession, trafficking, importing and exporting, and cultivation of narcotics. The question of legislative jurisdiction in relation to the treatment of narcotic dependent persons, of course, never arose.

Chief Justice McEachern, admitted, over objection, the *Plan for The Treatment and Rehabilitation of Heroin Users in British Columbia* in order

compétence législative exclusive du Parlement du Canada en vertu du par. 91(27) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867.*

c) En ne statuant pas que, de par son caractère véritable, l'*Heroin Treatment Act* est une loi relative aux stupéfiants et qu'à ce titre, elle relève du pouvoir du Parlement de conclure des traités et donc, de la compétence exclusive du Parlement de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada.

d) En ne statuant pas que si l'*Heroin Treatment Act* est une loi provinciale valide, elle est devenue inopérante par l'application de la *Loi sur les stupéfiants*, du *Code criminel*, de la *Loi sur les pénitenciers* et de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus.*

VII

Lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada

L'arrêt de cette Cour *R. c. Hauser*, précité, consacre le principe que le Parlement du Canada a, en vertu de son pouvoir de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, le pouvoir de faire des lois relatives à la réglementation des stupéfiants. Le juge Pigeon, au nom de la Cour à la majorité, le dit clairement dans l'extrait suivant de ses motifs, à la p. 998:

> L'historique de la législation sur la réglementation des drogues et l'économie générale de la loi actuelle démontrent, à mon avis, qu'il s'agit bien de *control* comme le dit l'intitulé anglais.

A mon avis, la loi contestée n'est pas une loi relative à la «réglementation des stupéfiants» au sens de cet objet dans l'arrêt *Hauser*, mais porte plutôt sur les conséquences de l'usage des stupéfiants du point de vue provincial. La question soumise à cette Cour dans l'affaire *Hauser* portait sur le pouvoir du gouvernement fédéral d'engager des poursuites pour diverses infractions à la *Loi sur les stupéfiants*, savoir pour la possession, le trafic, l'importation, l'exportation et la culture de stupéfiants. La question de la compétence législative relativement au traitement des toxicomanes ne s'est évidemment jamais posée.

Le juge en chef McEachern a reçu en preuve, malgré une objection, le rapport intitulé *Plan for The Treatment and Rehabilitation of Heroin*

to give the "underpinning of the issues" and to set out the evil or mischief sought to be remedied by the impugned legislation. I think the report was properly admitted for the limited purpose mentioned (*Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, at p. 723, 37 N.R. 158, at pp. 165-66). Although the report was not received for the purpose of proving the truth of the statements made therein, it was not disputed that, historically, between 60 and 70 percent of all known heroin addicts in Canada have resided in the Province of British Columbia. It is largely a local or provincial problem and not one which has become a matter of national concern, so as to bring it within the jurisdiction of the Parliament of Canada under the residuary power contained in the opening words of the *B.N.A. Act* (now, *Constitution Act, 1867*).

There is no material before the Court leading one to conclude that the problem of heroin dependency as distinguished from illegal trade in drugs is a matter of national interest and dimension transcending the power of each province to meet and solve its own way. It is not a problem which "is beyond the power of the provinces to deal with" (Professor Gibson (1976-77), 7 Man. L.J. 15, at p. 33). Failure by one province to provide treatment facilities will not endanger the interests of another province. The subject is not one which "has attained such dimensions as to affect the body politic of the Dominion" (*In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] A.C. 54, at p. 77). It is not something that "goes beyond local or provincial concern or interests and must from its inherent nature be the concern of the Dominion as a whole (as, for example, in the *Aeronautics* case and the *Radio* case)" *per* Viscount Simon in *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193, at p. 205. See also *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663; *Re C.F.R.B. and Attorney General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819. Nor can it be said, on the record, that heroin addiction has reached a state of emergency as will ground federal competence under residual power.

*Users in British Columbia* pour faire [TRADUCTION] «ressortir les questions en litige» et énoncer le mal ou le méfait que la loi contestée cherche à éliminer. Je crois que le rapport a été régulièrement reçu en preuve dans le but restreint qui est mentionné (*Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, à la p. 723, 37 N.R. 158, aux pp. 165 et 166). Bien que le rapport n'ait pas été reçu en preuve afin d'établir l'exactitude des déclarations qu'il contient, on n'a pas contesté que, historiquement, la Colombie-Britannique a toujours compté entre 60 pour 100 et 70 pour 100 de tous les héroïnomanes connus du Canada. Il s'agit surtout d'un problème local ou provincial qui n'est pas encore devenu une question d'intérêt national qui relèverait de la compétence du Parlement du Canada en vertu du pouvoir résiduel conféré par le préambule de l'*A.A.N.B.* (maintenant *Loi constitutionnelle de 1867*).

Aucun élément de preuve devant la Cour ne permet de conclure que le problème de la dépendance à l'égard de l'héroïne par opposition au commerce illégal des drogues constitue une question d'intérêt et d'envergure nationaux qui transcende le pouvoir de chaque province d'y faire face et de la résoudre de sa propre façon. Ce n'est pas un problème qui [TRADUCTION] «dépasse la capacité des provinces de s'en occuper» (le professeur Gibson (1976-77) 7 Man. L.J. 15, à la p. 33). L'omission d'une province d'établir des services de cure ne met pas en péril les intérêts d'une autre province. Il ne s'agit pas d'une question qui [TRADUCTION] «a atteint des dimensions telles qu'elle affecte le corps politique du Dominion» (*In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] A.C. 54, à la p. 77). Il ne s'agit pas de quelque chose qui [TRADUCTION] «dépasse les préoccupations ou intérêts locaux ou provinciaux et qui doit en soi intéresser tout le Dominion (comme par exemple, dans l'affaire de l'*aéronautique* et celle de la *radiocommunication*)» selon les termes du vicomte Simon dans *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193, à la p. 205. Voir également *Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *Munro c. Commission de la Capitale nationale*, [1966] R.C.S. 663; *Re C.F.R.B. and Attorney General for Canada*,

I do not think the subject of narcotics is so global and indivisible that the legislative domain cannot be divided, illegal trade in narcotics coming within the jurisdiction of the Parliament of Canada and the treatment of addicts under provincial jurisdiction.

VIII

Criminal Law

The appellant submits that the *Heroin Treatment Act* in effect creates a new crime of narcotic dependency and is a colourable attempt to "stiffen the existing criminal law", as in *Johnson v. Attorney General of Alberta*, [1954] S.C.R. 127, at p. 165 *per* Cartwright J. I do not agree. It is true that one of the objects of the Act is the suppression of "local evils"—local conditions giving rise to crime—but this is a matter of merely local nature in the Province and within s. 92(16) of the *B.N.A. Act*. See: *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, at pp. 130-31; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348, at p. 365; *Attorney-General of Manitoba v. Manitoba License Holders' Association*, [1902] A.C. 73, at p. 78. It is true that compulsory treatment under the Act may involve restraints upon freedom, including a period of treatment in a treatment centre, but such provisions do not dictate that the statute be characterized as criminal legislation. It is not an easy matter, I confess, to determine whether the *Heroin Treatment Act* is a valid provincial health law with what-might-be-regarded-as-punitive features or whether the pith and substance of the Act is criminal law and therefore invalid. I think, on balance, however, it was open to the Court of Appeal of British Columbia to conclude, as it did, that the provisions of the impugned statute for the examination, apprehension and detention of dependent persons or patients are in no way intended to be punitive. They are provided for as ancillary to "treatment"

[1973] 3 O.R. 819. On ne peut affirmer non plus, d'après le dossier, que le problème de l'héroïnomanie est devenu urgent au point de justifier le recours à la compétence du fédéral en vertu du pouvoir résiduel.

Je ne crois pas que la question des stupéfiants soit si globale et indivisible qu'on ne puisse pas diviser la compétence législative en attribuant au Parlement du Canada la compétence sur le commerce illégal des stupéfiants et aux provinces la compétence sur le traitement ou la cure des toxicomanes.

VIII

Le droit criminel

L'appelante soutient que l'*Heroin Treatment Act* crée en réalité une nouvelle infraction, celle de la dépendance à l'égard d'un stupéfiant, et qu'elle constitue une tentative déguisée de [TRADUCTION] «donner plus de rigueur au droit criminel existant», pour reprendre les termes du juge Cartwright dans l'arrêt *Johnson c. Procureur général de l'Alberta*, [1954] R.C.S. 127, à la p. 165. Je ne suis pas d'accord. Il est vrai que l'un des buts de la Loi est d'enrayer des maux locaux—des conditions locales qui favorisent le crime—mais c'est une question de nature purement locale dans la province et qui relève du par. 92(16) de l'*A.A.N.B.* Voir: *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, aux pp. 130 et 131; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348, à la p. 365; *Attorney-General of Manitoba v. Manitoba License Holders' Association*, [1902] A.C. 73, à la p. 78. Il est vrai que la cure obligatoire imposée par la Loi peut comporter des atteintes à la liberté, dont le temps passé dans un centre de traitement, mais ces dispositions n'emportent pas nécessairement que la Loi fait partie du droit pénal. J'avoue qu'il n'est pas facile de déterminer si l'*Heroin Treatment Act* est une loi provinciale valide en matière de santé, qui comporte ce qu'on pourrait appeler des aspects punitifs, ou si, de par son caractère véritable, elle constitue du droit pénal et est par conséquent invalide. Tout bien considéré, je crois qu'il était loisible à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique de conclure, comme elle l'a fait, que les dispositions de la loi

as defined. The legislative plan is not to punish users of narcotics. It is to provide facilities and other means designed to assist in terminating or diminishing a "patient's" use of or dependency on the defined narcotic. I am not prepared to hold that the legislation is colourable.

Although the cases of *Re Bowack* (1892), 2 B.C.L.R. 216, and *Fawcett v. Attorney-General for Ontario*, [1964] S.C.R. 625, and *Green v. Livermore*, [1940] O.R. 381, are by no means a perfect analogy they do afford examples of the extent to which provincial legislation providing for the compulsory apprehension, detention and treatment of persons for health purposes has been sustained.

Recently, in *Reference re Intoxicated Persons Detention Act*, [1981] 1 W.W.R. 333, the Manitoba Court of Appeal was called upon to consider the validity of an Act which provided that a police officer could take into custody and place in a detoxication centre for a period of up to twenty-four hours a person who was intoxicated in a place to which the public had access. The five-judge Court unanimously upheld the validity of the legislation. Huband J.A. (Freedman C.J.M. and Monnin J.A. concurring) said at pp. 338-39:

> One cannot gloss over the reality that, under the terms of the Act, a person who becomes intoxicated can be confined against his will in jail-like surroundings for a period of time of and up to 24 hours. But the fact of confinement does not necessarily take this legislation into the realm of criminal law. Legislation in the field of mental diseases and quarantine relative to communicable diseases can involve involuntary confinement, but clearly it is dealing with the health of the citizen, as opposed to criminality. Child welfare legislation authorizes the confinement of children in protective custody, for example, to prevent harm from potentially abusive parents. That confinement is for the safety and security of the individual and does not invade the domain of criminal law.

contestée relatives à l'examen, à l'arrestation et à la détention de personnes ou de patients qui souffrent de toxicomanie ne visent aucunement à être punitives. Elles sont accessoires à la «cure» définie dans la Loi. Le but de la Loi n'est pas de punir ceux qui font usage de stupéfiants. Elle vise à fournir des services et d'autres moyens permettant d'aider un «patient» à supprimer ou à réduire son usage du stupéfiant qui y est défini ou sa dépendance à son égard. Je ne suis pas prêt à conclure qu'il s'agit de législation déguisée.

Bien que les décisions *Re Bowack* (1892), 2 B.C.L.R. 216, *Fawcett c. Procureur général de l'Ontario*, [1964] R.C.S. 625, et *Green v. Livermore*, [1940] O.R. 381, ne présentent aucunement une analogie parfaite, elles constituent des exemples de la mesure dans laquelle des lois provinciales prévoyant l'arrestation, la détention et le traitement obligatoire de personnes à des fins de santé ont été déclarées valides.

Récemment, dans *Reference re Intoxicated Persons Detention Act*, [1981] 1 W.W.R. 333, la Cour d'appel du Manitoba a dû se prononcer sur la validité d'une loi en vertu de laquelle un agent de police peut détenir, dans un centre de désintoxication, pendant vingt-quatre heures au maximum, une personne trouvée en état d'ébriété dans un endroit où le public a accès. La Cour, composée de cinq juges, a conclu à l'unanimité que la Loi est valide. Le juge Huband (aux motifs duquel souscrivent le juge en chef Freedman et le juge Monnin) affirme, aux pp. 338 et 339:

> [TRADUCTION] On ne peut ignorer le fait que, aux termes de la Loi, une personne en état d'ébriété peut être détenue contre son gré dans un endroit qui ressemble à une prison pour une période pouvant aller jusqu'à 24 heures. Cependant l'incarcération n'a pas nécessairement pour effet de situer la Loi dans le domaine du droit criminel. Les lois relatives aux maladies mentales et à la quarantaine applicable aux personnes atteintes de maladies contagieuses peuvent comporter l'incarcération, mais elles portent manifestement sur la santé des citoyens et non sur la criminalité. La législation sur le bien-être de l'enfance permet la détention de l'enfant comme mesure de protection, par exemple, pour prévenir les mauvais traitements de la part de parents violents. Cette détention a pour objet la sécurité et la protection de l'individu et n'empiète pas sur le domaine du droit pénal.

The purpose of the Intoxicated Persons Detention Act is made abundantly clear in s. 3(1). The purpose is to prevent an intoxicated person from being a danger either to himself or to others.

The interface between criminal law and provincial legislation which might be seen as impunging upon the federal jurisdiction in the field of criminal law has not been closely drawn. As Professor Hogg notes in Chapter 16 of his work, *Constitutional Law of Canada*, the dominant tendency of the case law has been to uphold provincial penal legislation; recent cases have been generous to provincial power, and "The result is that over much of the field which may loosely be thought of as criminal law legislative power is concurrent" (at p. 292).

Examples of compatible federal and provincial legislation abound, for example: in health legislation, *Fawcett v. Attorney-General for Ontario, supra,* in *Re Bowack, supra, Green v. Livermore, supra, Re Levkoe and The Queen* (1977), 18 O.R. (2d) 265; in quasi-criminal legislation *Attorney General for Canada and Dupond v. Montreal,* [1978] 2 S.C.R. 770, *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil,* [1978] 2 S.C.R. 662, *Smith v. The Queen,* [1960] S.C.R. 776.

## IX

### Federal Treaty Powers

The appellant submits that Parliament has jurisdiction to enact laws in relation to obligations assumed by Canada as a signatory to international treaties or conventions. It is further submitted that even if the exercise of federal implementation of treaty obligations touches upon a provincial subject matter, it is competent to Parliament so to do in relation to a treaty as a matter of national concern. Although the point was left open in this Court in *MacDonald et al. v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134, the appellant's proposition is questionable in the face of Lord Atkins' judgment on behalf of the Judicial Committee of the Privy Council in *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario* (Labour Conventions Reference), [1937] A.C. 326, at p. 351:

L'objet de l'Intoxicated Persons Detention Act est exposé très clairement au par. 3(1). Cette loi vise à empêcher que les personnes en état d'ébriété ne constituent un danger pour elles-mêmes ou pour autrui.

La ligne de démarcation entre le droit criminel et les lois provinciales qui pourraient être considérées comme des empiétements sur la compétence fédérale en matière de droit criminel n'a pas été tracée avec précision. Le professeur Hogg souligne, au chapitre 16 de son ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada*, que la jurisprudence a tendance à confirmer les lois provinciales de nature pénale; les arrêts récents sont favorables au pouvoir des provinces et [TRADUCTION] «Il s'ensuit qu'une bonne partie du domaine qu'on pourrait plus ou moins considérer comme relevant de la compétence législative en matière de droit criminel est de compétence concurrente» (à la p. 292).

Il y a de nombreux exemples de lois fédérales et provinciales compatibles, comme par exemple, en matière de lois sur la santé, *Fawcett c. Procureur général de l'Ontario*, précité, *Re Bowack*, précité, *Green v. Livermore*, précité, *Re Levkoe and The Queen* (1977), 18 O.R. (2d) 265; en matière de lois quasi pénales, *Procureur général du Canada et Dupond c. Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662, *Smith c. La Reine*, [1960] R.C.S. 776.

## IX

### Pouvoirs fédéraux en matière de traités

L'appelante soutient que le Parlement est compétent pour adopter des lois en rapport avec les obligations assumées par le Canada à titre de signataire de conventions ou de traités internationaux. Elle soutient en outre que même si l'exécution fédérale des obligations découlant de traités touche à un sujet de compétence provinciale, elle est de la compétence du Parlement dans le cas d'un traité parce qu'il s'agit d'une question d'intérêt national. Même si la Cour n'a pas tranché la question dans l'arrêt *MacDonald et autre c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134, l'affirmation de l'appelante est douteuse vu le jugement rendu par lord Atkin au nom du Comité judiciaire du Conseil privé dans *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario* (Renvoi sur les

For the purposes of ss. 91 and 92, i.e., the distribution of legislative powers between the Dominion and the Provinces, there is no such thing as treaty legislation as such. The distribution is based on classes of subjects; and as a treaty deals with a particular class of subjects so will the legislative power of performing it be ascertained.

That aside, this Court in the *MacDonald-Vapor* case held that even assuming Parliament has power to pass legislation implementing a treaty or convention in relation to matters covered by the treaty or convention which would otherwise be for provincial legislation alone, the exercise of that power must be manifested in the implementing legislation and not be left to inference.

There is nothing in the *Narcotic Control Act* to indicate that that Act or any part of it was enacted in implementation of Canada's treaty obligations under the terms of the Single Convention. I agree with McEachern C.J. at trial, *supra*, at p. 36, that "giving the convention its full force and effect only means that Canada is treaty bound to involve itself in active treatment which, thus far, it has failed to do". The *Heroin Treatment Act* is not legislation falling within the scope of any federal power to legislate for the implementation of international treaties.

X

Public Health

In ascertaining the "pith and substance" of a law in order to determine its validity under s. 91 or 92 of the *B.N.A. Act* "it is necessary to identify the dominant or most important characteristic of the challenged law" (Hogg, at p. 80). The *Heroin Treatment Act* provides for the treatment, both voluntary and compulsory, of heroin addicts. The main contention of the provinces (British Columbia, Manitoba and Alberta) and the Attorney General of Canada is that legislation providing for the treatment of addicts is *intra vires* the province as legislation in relation to health and thus a local and private matter. Public health falls

conventions de travail), [1937] A.C. 326, à la p. 351:

Aux fins des articles 91 et 92, c'est-à-dire de la répartition des pouvoirs législatifs entre le Dominion et les provinces, la législation en matière de traités n'existe pas comme telle. La répartition est fondée sur des catégories de sujets: la catégorie particulière de sujets faisant l'objet d'un traité déterminera l'autorité législative chargée de l'appliquer.

De plus cette Cour a décidé, dans l'arrêt *MacDonald-Vapor*, que même en supposant que le Parlement a le pouvoir de légiférer pour mettre en vigueur un traité ou une convention à l'égard de matières qui en font l'objet mais qui autrement relèveraient de la compétence législative provinciale seulement, il faut que cela ressorte clairement du texte de la loi visant la mise en vigueur et ne soit pas objet de déduction.

Rien dans la *Loi sur les stupéfiants* n'indique qu'elle a été adoptée en tout ou en partie en exécution des obligations contractées par le Canada en vertu de la Convention unique. Je suis d'accord avec le juge en chef McEachern, en première instance, précité, à la p. 36, que l'expression [TRADUCTION] «donner plein effet à la convention signifie seulement que le Canada est tenu par traité de s'occuper lui-même de cure active, ce qu'il a omis de faire jusqu'à ce jour». L'*Heroin Treatment Act* n'est pas une loi qui relève de quelque pouvoir fédéral d'adopter des lois pour l'application de traités internationaux.

X

La santé publique

En vérifiant le «caractère véritable» d'une loi afin d'en déterminer la validité en vertu des art. 91 ou 92 de l'*A.A.N.B.* [TRADUCTION] «il est nécessaire d'identifier le trait dominant ou principal de la loi contestée» (Hogg, à la p. 80). L'*Heroin Treatment Act* prescrit la cure, aussi bien volontaire que forcée, des héroïnomanes. La prétention principale des provinces (la Colombie-Britannique, le Manitoba et l'Alberta) et du procureur général du Canada porte qu'une loi pourvoyant à la cure des toxicomanes relève de la compétence de la province parce qu'il s'agit d'une loi relative à la santé et donc d'un sujet de nature locale et privée.

under provincial competence as does, what is in effect, civil committal in implementation of health legislation.

Section 92, it is true, does not contain a specific head of power dealing with health and public welfare. Section 92(7) provides for the physical facilities of provincial health care:

**92.** ...

7. The Establishment, Maintenance and Management of Hospitals ... in and for the Province, other than Marine Hospitals.

The Royal Commission on Dominion-Provincial Relations (the Rowell-Sirois Commission) in 1938 commented on this absence of a specific head of power dealing with the administration of public health at pp. 32-33:

> In 1867 the administration of public health was still in a very primitive stage, the assumption being that health was a private matter and state assistance to protect or improve the health of the citizen was highly exceptional and tolerable only in emergencies such as epidemics, or for purposes of ensuring elementary sanitation in urban communities. Such public health activities as the state did undertake were almost wholly a function of local and municipal governments. It is not strange, therefore, that the British North America Act does not expressly allocate jurisdiction in public health, except that marine hospitals and quarantine (presumably ship quarantine) were assigned to the Dominion, while the province was given jurisdiction over other hospitals, asylums, charities and eleemosynary institutions. But the province was assigned jurisdiction over "generally all matters of a merely local or private nature in the Province", and it is probable that this power was deemed to cover health matters, while the power over "municipal institutions" provided a convenient means for dealing with such matters.

The Rowell-Sirois Commission recommended, at p. 34, that "Provincial responsibilities in health matters should be considered basic and residual. Dominion activities on the other hand, should be considered exceptions to the general rule of provincial responsibility, and should be justified in each case on the merit of their performance by the

La santé publique relève de la compétence provinciale ainsi que ce qui constitue en fait une incarcération civile en application de lois sur la santé.

Il est vrai que l'art. 92 ne comporte pas d'attribution spéciale de compétence en matière de santé et de bien-être public. Le paragraphe 92(7) traite des services de soins de santé dans la province:

**92.** ...

7. L'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité dans la province, autres que les hôpitaux de marine;

En 1938, la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces (la Commission Rowell-Sirois) a formulé des observations sur l'absence de l'attribution de compétence spéciale quant à l'administration de la santé publique, à la p. 33:

> En 1867, le service de la santé publique était encore à l'état embryonnaire, l'opinion courante voulant que les individus se préoccupent eux-mêmes de leur santé. L'Etat n'est intervenu que d'une façon exceptionnelle pour protéger ou améliorer la santé des citoyens, et cette intervention n'était tolérée que dans les cas d'urgence, en temps d'épidémie, par exemple, ou encore lorsqu'il s'agissait d'assurer la salubrité élémentaire des agglomérations urbaines. Ces initiatives d'Etat concernant l'hygiène publique étaient le fait presque exclusif des administrations régionales et municipales. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que l'Acte de l'Amérique britannique du Nord n'ait pas attribué de pouvoirs définis en matière de santé publique. Cependant, il avait confié au Dominion la juridiction sur les hôpitaux de marine et la quarantaine (probablement la quarantaine des navires), tandis qu'il conférait aux provinces juridiction sur les autres hôpitaux, les asiles, les institutions et hospices de charité. D'autre part, l'Acte attribuait à ces dernières des pouvoirs généraux «sur toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province», et il est probable que ces prérogatives étaient censées couvrir les questions se rapportant à l'hygiène, tandis que la juridiction sur les «institutions municipales» fournissait un moyen commode de régler ces questions.

La Commission Rowell-Sirois a recommandé ce qui suit, à la p. 35: «Il faudrait considérer les questions d'hygiène comme relevant formellement ou implicitement du domaine provincial. Par ailleurs, les initiatives fédérales devraient constituer des exceptions à cette règle générale, et il faudrait que chacune d'elles soit justifiée par les avantages

Dominion rather than by the province". "Dominion jurisdiction over health matters is largely, if not wholly, ancillary to express jurisdiction over other subjects . . . " Thus historically, at least, the general jurisdiction over public health was seen to lie with the provinces under s. 92(16) "Generally all matters of a merely local or private Nature in the Province" although the considerable dimensions of this jurisdiction were unlikely foreseen in 1867.

qu'il y aurait à laisser le Dominion les poursuivre.» Et à la p. 34: «La juridiction fédérale en matière d'hygiène publique est, en grande partie, sinon complètement, subordonnée aux pouvoirs exprès conférés en d'autres domaines tels . . .» Donc, historiquement du moins, la compétence générale en matière de santé publique a été considérée comme appartenant aux provinces en vertu du par. 92(16) «Généralement, toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province» même si la portée considérable de cette compétence n'avait probablement pas été prévue en 1867.

This view that the general jurisdiction over health matters is provincial (allowing for a limited federal jurisdiction either ancillary to the express heads of power in s. 91 or the emergency power under peace, order and good government) has prevailed and is now not seriously questioned (see *Rinfret v. Pope* (1886), 12 Q.L.R. 303 (Que. C.A.), *Re Bowack, supra, Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914, *per* Estey J.).

Le point de vue selon lequel la compétence générale en matière de santé appartient aux provinces (en admettant une compétence limitée du fédéral, accessoire aux attributions expresses de compétence de l'art. 91 ou consécutive au pouvoir d'urgence relatif à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement) s'est imposé et n'est pas maintenant sérieusement contesté (voir *Rinfret v. Pope* (1886), 12 Q.L.R. 303 (C.A. Qué.), *Re Bowack*, précité, *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914, motifs du juge Estey).

The medical treatment of drug addiction is a *bona fide* concern of the provincial legislature under its general jurisdiction with respect to public health. The constitutional question to be answered is whether the "dominant or most important characteristic" of the *Heroin Treatment Act* is the medical treatment of drug addiction.

Le traitement médical de la toxicomanie est véritablement une préoccupation de la législature provinciale en vertu de la compétence générale qu'elle possède en matière de santé publique. La question constitutionnelle à laquelle nous devons répondre est de savoir si le «trait dominant ou principal» de l'*Heroin Treatment Act* est le traitement médical de la toxicomanie.

Narcotic addiction has been perceived to be a social evil and federal legislation has made possession of, and trafficking in, narcotics, criminal offences. Addiction itself, however, is a physiological condition the treatment of which would seem to be a medical concern to be dealt with by the provincial legislature. In recent years there has been an increasing world-wide trend to the "medicalization" of the problem of narcotic addiction with an emphasis upon the substitution of treatment and rehabilitation programs for conviction and punishment in drug related offences (see, for example, the *Single Convention on Narcotic Drugs, 1961, supra).*

La toxicomanie est perçue comme un fléau social et la loi fédérale a fait de la possession et du trafic de stupéfiants des actes criminels. Toutefois, la toxicomanie elle-même est un état physiologique dont le traitement semblerait une question médicale dont la législature provinciale doit s'occuper. Au cours des dernières années, on a remarqué une tendance mondiale à traiter de façon médicale le problème de la toxicomanie en insistant sur le remplacement des condamnations et des peines pour les infractions liées à la drogue par des programmes de cure et de réhabilitation (voir, par exemple, la *Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, précitée).

In my opinion the "pith and substance" of the *Heroin Treatment Act* is the medical treatment of heroin addicts and is within the general provincial competence over health matters under s. 92(16) of the *B.N.A. Act*. I am in agreement with the Le Dain Commission that narcotic addiction is not a crime but a physiological condition necessitating both medical and social intervention. This intervention is necessarily provincial. The compulsory aspects of this intervention are incidental to the effectiveness of the treatment, narcotic addiction by its very nature being a compulsive condition over which the individual loses control. Although coercion will obviously play a significant role it seems to me that the dominant or most important characteristic of the *Heroin Treatment Act* is the treatment and not the coercion. The Legislature of British Columbia in my view has sought to treat persons found to be in a state of psychological or physical dependence on a narcotic as sick and not criminal. The Legislature is endeavouring to cure a medical condition, not to punish a criminal activity.

A factor which plays no part in the determination of the constitutional validity of the Act, but which, as a practical matter, is not negligible, is the support of both the provincial and federal authorities for the validity of the legislation. Although it does not resolve the constitutional issue it is interesting to observe that in these proceedings a provincial statute is being attacked on the ground that it falls within federal competence yet the Attorney General of Canada is not contesting the constitutionality of the provincial statute. He would like to see the provincial legislature remain in place. The federal legislation (which is not in force) foresees cooperation with the provinces whereby a narcotic addict who has not been charged with an offence of possession, if a provincial statute provides for custody for treatment, may be confined in a federal institution and deemed to have been sentenced to custody for treatment under the *Narcotic Control Act*. The provincial statute, on the other hand, provides that a person detained under a federal law may be detained or treated under the provincial statute, if the federal law so permits.

A mon avis, le «caractère véritable» de l'*Heroin Treatment Act* est le traitement médical des héroïnomanes et relève de la compétence générale que la province possède en matière de santé en vertu du par. 92(16) de l'*A.A.N.B.* Je suis d'accord avec la Commission Le Dain que la toxicomanie n'est pas un crime, mais un état physiologique qui appelle une intervention à la fois médicale et sociale. Cette intervention est nécessairement provinciale. Les aspects coercitifs de celle-ci sont accessoires à l'efficacité du traitement, la toxicomanie étant en soi un état de contrainte sur lequel la personne n'exerce aucun contrôle. Bien que la coercition y occupe une place importante, il me semble que le trait dominant ou principal de l'*Heroin Treatment Act* est le traitement et non la coercition. A mon avis, l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique a voulu traiter des personnes déclarées en état de dépendance physique ou psychique à l'égard des stupéfiants comme des personnes malades et non comme des criminels. Le législateur cherche à guérir une maladie et non à réprimer une activité criminelle.

Il y a un facteur qui, sans influer sur la détermination de la validité constitutionnelle de la Loi, a quand même, en pratique, une valeur non négligeable. C'est le fait que les autorités fédérales et provinciales soutiennent toutes deux la validité de la Loi. Même si cela ne résout pas la question constitutionnelle, il est intéressant de noter que même si, en l'espèce, une loi provinciale est contestée pour le motif qu'elle relève de la compétence fédérale, le procureur général du Canada n'attaque pas la constitutionnalité de cette loi provinciale. Il aimerait que la loi provinciale soit maintenue. La loi fédérale (qui n'est pas encore en vigueur) prévoit une coopération avec les provinces en vertu de laquelle un toxicomane qui n'a pas été accusé de l'infraction de possession, pourra, s'il existe une loi provinciale prévoyant la détention à des fins de traitement, être incarcéré dans une institution fédérale et réputé avoir été condamné à être détenu en vue d'un traitement en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*. D'autre part, la loi provinciale prévoit qu'une personne détenue en vertu d'une loi fédérale peut être détenue ou traitée en application de la loi provinciale, si la loi fédérale l'autorise.

XI

Paramountcy

The next submission is that where Parliament and a provincial legislature have dealt with the same subject matter, and neither piece of legislation differs in legislative purpose or practical effect, the enactments cannot live together and operate concurrently. The constitutional doctrine of paramountcy then applies so as to invalidate the provincial legislation.

In advancing this argument the appellant relies to a great extent upon Part II of the *Narcotic Control Act*. McFarlane J.A. and McEachern C.J.S.C. declined to consider the provisions of that Part on the ground that it is as yet unproclaimed and of no legal effect. This is consistent with the decision of this Court in *Canadian Indemnity Company v. Attorney-General of British Columbia*, [1977] 2 S.C.R. 504. In that case the Court, speaking through Mr. Justice Martland, referring to certain sections of the *Automobile Insurance Act* of British Columbia said at pp. 512-13: "None of these provisions has been proclaimed since this Act was enacted on April 18, 1973, and, consequently, they have never had any legal effect. In these circumstances I do not consider it necessary to determine the extent of their application, if proclaimed . . . ." In the absence of operative federal legislation no issue of paramountcy or conflict arises. There is no need to speculate upon the position which might arise if, and when, Part II of the *Narcotic Control Act* is proclaimed. For the time being, at least, the field is clear for the application of the provincial legislation here in issue, there being no possible conflict between federal legislation controlling illicit narcotics and provincial legislation for treatment of heroin dependent persons within a given province. Some persons may be subject to treatment, whether voluntary or compulsory, under the *Heroin Treatment Act* without being convicted offenders under the *Narcotic Control Act*. Equally, some persons who might be subject to prosecution under the *Narcotic Control Act* might not be subject to the provisions of the *Heroin Treatment Act* for the reason that they are not narcotic dependent persons. Not every addict is a person

XI

La prépondérance

Un autre moyen invoqué est celui selon lequel, lorsque le Parlement et la législature d'une province ont légiféré sur le même sujet et que les deux lois ont le même objet ou les mêmes conséquences pratiques, ces lois ne peuvent coexister et s'appliquer concurremment. La doctrine constitutionnelle de la prépondérance s'applique alors et entraîne la nullité de la loi provinciale.

L'appelante invoque dans une large mesure la Partie II de la *Loi sur les stupéfiants* pour soutenir ce moyen. Le juge McFarlane, en appel, et le juge en chef McEachern, en première instance, ont refusé de tenir compte des dispositions de cette partie pour le motif qu'elle n'a pas encore été mise en vigueur et qu'elle est sans effet juridique. Cette décision est compatible avec l'arrêt de cette Cour, *Canadian Indemnity Company c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1977] 2 R.C.S. 504. Dans cet arrêt, le juge Martland qui s'exprime au nom de la Cour, affirme, aux pp. 512 et 513, au sujet de certains articles de l'*Automobile Insurance Act* de la Colombie-Britannique: «Aucune de ces dispositions n'a été proclamée depuis la mise en vigueur de cette Loi, le 18 avril 1973, et, en conséquence, elles n'ont jamais eu un quelconque effet juridique. Dans ces circonstances, je ne crois pas nécessaire de déterminer l'étendue de leur application en cas de proclamation . . . » En l'absence d'une loi fédérale opérante, aucune question de prépondérance ou de conflit ne se pose. Il n'est pas nécessaire de se demander ce qui arriverait si la Partie II de la *Loi sur les stupéfiants* était mise en vigueur par proclamation ou ce qui arrivera quand elle le sera. Pour le moment du moins, rien ne s'oppose à l'application de la loi provinciale en question puisqu'il n'y a aucun conflit possible entre la loi fédérale régissant les stupéfiants illégaux et la loi provinciale relative au traitement des héroïnomanes dans une province donnée. Certaines personnes peuvent être assujetties à un traitement volontaire ou forcé en application de l'*Heroin Treatment Act* sans avoir été reconnues coupables d'une infraction à la *Loi sur les stupéfiants*. De même, certaines personnes qui seraient susceptibles de poursuites en application

who has been charged under the provisions of the federal statute.

The two enactments are not in conflict in the sense that they are operationally incompatible or that compliance with one law necessarily requires the breach of the other (*Smith v. The Queen, supra*, at pp. 780, 781 and 799; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754, at p. 780).

## XII

Conclusion

In the circumstances of this case, I find that the *Heroin Treatment Act* is in pith and substance legislation in relation to health in the province and as such *intra vires* the provincial legislature in its entirety.

It should perhaps be noted, before concluding, that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was not raised as an issue, nor argued in this Court or in the courts of British Columbia.

I would answer the questions settled by the Chief Justice in the negative. The *Heroin Treatment Act* is not *ultra vires* the Legislature of the Province of British Columbia.

I would dismiss the appeal with costs to the respondent.

The following are the reasons delivered by

ESTEY J.—I have had the opportunity of reading the reasons for judgment of my colleague Dickson J. and concur in the disposition made therein of this appeal. Because I arrive at this conclusion by a different route something should be said in explanation.

The subject matter of the legislation, its pith and substance, is medical treatment of the drug addict. The statute creates no offences and there is no suggestion that the 'treatment' under the stat-

de la *Loi sur les stupéfiants* pourraient ne pas être assujetties aux dispositions de l'*Heroin Treatment Act* parce qu'elles ne sont pas des toxicomanes. Les toxicomanes ne sont pas tous des personnes qui ont été accusées en vertu des dispositions de la loi fédérale.

Les deux lois n'entrent pas en conflit en ce sens qu'elles seraient incompatibles sur le plan de leur application ou que le respect de l'une des deux lois entraînerait nécessairement l'inobservance de l'autre (*Smith c. La Reine*, précité, aux pp. 780, 781 et 799; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754, à la p. 780).

## XII

Conclusion

Dans les circonstances de l'espèce, je conclus que l'*Heroin Treatment Act* est, de par son caractère véritable, une loi relative à la santé dans la province et que, comme telle, elle est entièrement *intra vires* de la législature de la province.

Il y aurait peut-être lieu de souligner, avant de terminer, que l'on n'a invoqué la *Charte canadienne des droits et libertés* ni en cette Cour ni dans les cours de la Colombie-Britannique.

Je suis d'avis de répondre par la négative à la question formulée par le Juge en chef. L'*Heroin Treatment Act* n'est pas *ultra vires* de la législature de la province de la Colombie-Britannique.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur de l'intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ESTEY—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Dickson et je suis d'accord avec sa façon de trancher le présent pourvoi. Mais parce que j'arrive à ce résultat par un raisonnement différent, je dois ajouter une explication.

L'objet de la Loi, son caractère véritable, est le traitement médical des toxicomanes. La Loi ne crée aucune infraction et on ne laisse nullement entendre que la «cure» qui y est prévue est en

ute is in truth punishment for addiction. McFarlane J.A., describes the statute:

> ... the provisions of the impugned statute for the examination, apprehension and detention of dependent persons or patients are in no way intended to be punitive. They are provided for as ancillary to "treatment" as defined. The legislative plan is not to punish users of narcotics. It is to provide facilities and other means designed to assist in terminating or diminishing a "patient's" use of or dependency on the defined narcotic.

As such the legislation finds its constitutional base in s. 92(7) of the *Constitution Act*: "The Establishment, Maintenance, and Management of Hospitals, Asylums, Charities, and Eleemosynary Institutions in and for the Province, other than Marine Hospitals"; together with subs. 13 and 16 of s. 92.

Health is not a subject specifically dealt with in the *Constitution Act* either in 1867 or by way of subsequent amendment. It is by the Constitution not assigned either to the federal or provincial legislative authority. Legislation dealing with health matters has been found within the provincial power where the approach in the legislation is to an aspect of health, local in nature. *Vide*: *Fawcett v. Attorney-General for Ontario*, [1964] S.C.R. 625; *Re Bowack* (1892), 2 B.C.L.R. 216; *Reference re Intoxicated Persons Detention Act*, [1981] 1 W.W.R. 333 (Man. C.A.); and *Greene v. Livermore*, [1940] O.R. 381. On the other hand, federal legislation in relation to "health" can be supported where the dimension of the problem is national rather than local in nature (see: *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193, at pp. 205-06; *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396, at p. 412), or where the health concern arises in the context of a public wrong and the response is a criminal prohibition. In *Russell v. The Queen* (1882), 7 A.C. 829, at p. 839, Sir Montague Smith suggested the illustration of a law which prohibited or restricted the sale or exposure of cattle having a contagious disease. In *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914, the case of adulteration provisions in a statute was cited at p.

réalité une punition infligée aux toxicomanes. Le juge McFarlane affirme au sujet de la Loi:

> [TRADUCTION] ... les dispositions de la loi contestée relatives à l'examen, à l'arrestation et à la détention de personnes ou de patients qui souffrent de toxicomanie ne visent aucunement à être punitives. Elles sont accessoires à la «cure» définie dans la Loi. Le but de la Loi n'est pas de punir ceux qui font usage de stupéfiants. Elle vise à fournir des services et d'autres moyens permettant d'aider un patient à supprimer ou à réduire son usage du stupéfiant qui y est défini ou sa dépendance à son égard.

A ce titre, la Loi trouve son fondement constitutionnel dans le par. 92(7) de la *Loi constitutionnelle*, «L'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité dans la province, autres que les hôpitaux de marine», et dans les par. 13 et 16 de l'art. 92.

La santé n'est pas un sujet spécifiquement traité dans la *Loi constitutionnelle* de 1867 ni dans ses modifications subséquentes. Aux termes de la Constitution, le sujet ne relève ni de la compétence législative fédérale ni de celle des provinces. On a jugé que les lois relatives à la santé relevaient de la compétence provinciale lorsque la loi vise un aspect de la santé qui est de nature locale. Voir: *Fawcett* c. *Procureur général de l'Ontario*, [1964] R.C.S. 625, *Re Bowack* (1892), 2 B.C.L.R. 216, *Reference re Intoxicated Persons Detention Act*, [1981] 1 W.W.R. 333 (C.A. Man.), et *Greene v. Livermore*, [1940] O.R. 381. D'autre part, les lois fédérales relatives à la «santé» peuvent être valides lorsque le problème est d'envergure nationale plutôt que de nature locale (voir: *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193, aux pp. 205 et 206; *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396, à la p. 412) ou lorsque la question de santé constitue une atteinte aux droits de la collectivité qui appelle une interdiction pénale. Dans l'arrêt *Russell v. The Queen* (1882), 7 A.C. 829, à la p. 839, Sir Montague Smith donne comme exemple une loi qui interdit ou restreint la vente ou la mise en vente d'animaux atteints d'une maladie contagieuse. Dans l'arrêt *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914, à la p. 934, on cite le cas de disposi-

934. Health concerns are directly raised by the jurisdiction attributed to Parliament by s. 91(11) of the *Constitution Act* and may also be raised by s. 91(7) and perhaps subs. (2) as well. In sum "health" is not a matter which is subject to specific constitutional assignment but instead is an amorphous topic which can be addressed by valid federal or provincial legislation, depending in the circumstances of each case on the nature or scope of the health problem in question.

The *Narcotic Control Act* has been found in *R.* v. *Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984, to be valid federal legislation under the general power to make laws for the peace, order and good government of Canada. But I do not read that authority as determining that narcotics addiction treatment as distinct from regulation of trafficking and use of narcotics is necessarily assigned to the peace order and good government powers of Parliament without more and in any case as being an assignment of the field to exclusive federal authority in the absence of parliamentary action.

Part II of the *Narcotic Control Act* was enacted in 1961 (1960-61 (Can.), c. 35) presumably in implementation of the Single Convention on Narcotic Control, 1961, to which Canada is a signatory. Part II, which has never been proclaimed, deals with treatment as an aspect of sentencing. Section 19 of that part is of interest in this proceeding:

> **19.** (1) Where the legislature of a province enacts legislation that is designed to provide custody for treatment for persons who, although not charged with the offence of possession of a narcotic, are narcotic addicts, the Minister may enter into an agreement with the province, subject to the approval of the Governor in Council, for the confinement and treatment of such persons in institutions maintained and operated pursuant to the *Penitentiary Act* and for the release and supervision of such persons pursuant to the *Parole Act*.

tions législatives portant sur la falsification. Des questions en matière de santé sont directement soulevées par la compétence qu'attribue au Parlement le par. 91(11) de la *Loi constitutionnelle*. Elles peuvent également être soulevées par le par. 91(7) et peut-être aussi par le par. (2). Somme toute, la «santé» n'est pas l'objet d'une attribution constitutionnelle spécifique, mais constitue plutôt un sujet indéterminé que les lois fédérales ou provinciales valides peuvent aborder selon la nature ou la portée du problème de santé en cause dans chaque cas.

L'arrêt *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984, déclare que la *Loi sur les stupéfiants* est une loi fédérale valide en vertu du pouvoir général de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada. Je ne considère cependant pas que cet arrêt établit que le traitement des toxicomanes, par opposition à la réglementation de l'usage et du trafic des stupéfiants, relève nécessairement de la compétence du Parlement en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, sans plus, ni que l'arrêt fait relever ce domaine de la compétence fédérale exclusive en l'absence de mesures prises par le Parlement.

La Partie II de la *Loi sur les stupéfiants* a été adoptée en 1961 (1960-61 (Can.), chap. 35) probablement pour mettre en application la Convention unique sur les stupéfiants de 1961 dont le Canada est signataire. Cette Partie II, qui n'a jamais été mise en vigueur par proclamation, aborde le traitement comme un aspect de la sentence. L'article 19 de cette partie nous intéresse en l'espèce:

> **19.** (1) Lorsque la législature d'une province édicte une loi dont l'objet est de prévoir la détention aux fins de traitement des personnes qui, bien qu'elles ne soient pas accusées de l'infraction de possession d'un stupéfiant, sont adonnées aux stupéfiants, le Ministre peut conclure avec la province, sous réserve de l'approbation du gouverneur en conseil, un accord portant sur l'incarcération et le traitement de ces personnes dans des institutions maintenues et dirigées en conformité de la *Loi sur les pénitenciers* ainsi que sur la libération et la surveillance de ces personnes en conformité de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*.

(2) A narcotic addict who is committed to custody for treatment pursuant to an Act of the legislature of a province shall be deemed, for the purposes of the *Penitentiary Act* and the *Parole Act*, to have been sentenced to custody for treatment under this Act.

(2) Une personne adonnée aux narcotiques, renvoyée en détention aux fins de traitement sous le régime d'une loi de la législature d'une province, est réputée, pour les objets de la *Loi sur les pénitenciers* et de la *Loi sur les libérations conditionnelles*, avoir été condamnée à la détention aux fins de traitement en vertu de la présente loi.

Whatever may be the case should action be taken by Parliament in implementing this part, health would appear to be a divisible field according to the nature of the measure taken.

Quoi qu'il en soit, si le Parlement décidait de mettre cette partie en vigueur, la santé semblerait alors constituer un domaine divisible selon la nature de la mesure prise.

The provincial statute may therefore be valid and effective in this field in the absence of federal legislation. On the advent of federal legislation other considerations arise and the provincial statute in that case may be displaced in whole or in part. None of these matters need be settled on this appeal.

La loi provinciale peut donc être valide et exécutoire dans ce domaine en l'absence de loi fédérale. A la mise en vigueur d'une loi fédérale, la situation devient différente et la loi provinciale peut alors être écartée en totalité ou en partie. Il n'est pas nécessaire de se prononcer sur ces points en l'espèce.

As to the criminal law no issue here arises once the British Columbia statute is characterized for constitutional purposes as being in pith and substance related to the medical treatment of addiction and not to its punishment. Where treatment involves detention, the distinction between treatment and punishment is difficult, particularly where in the individual case at some periods in time no other 'treatment' is administered. Punishment and treatment look very much alike in some circumstances. Here the Court of Appeal was satisfied, and I am in respectful agreement, that this is health legislation and not legislation concerning the criminal aspects of drug trafficking.

Pour ce qui est du droit criminel, aucun problème ne surgit en l'espèce dès que l'on détermine, pour les fins constitutionnelles, que, de par son caractère véritable, la loi de la Colombie-Britannique a trait au traitement médical de la toxicomanie et non à sa répression. Quand la cure comporte la détention, il est difficile de distinguer cure et répression, particulièrement si dans un cas particulier, à un moment donné, aucune autre «cure» n'est prodiguée. La cure et la répression se ressemblent énormément dans certains cas. En l'espèce, la Cour d'appel a été convaincue, et sur ce point je suis d'accord avec elle, qu'il s'agit ici d'une loi en matière de santé et non d'une loi concernant les aspects criminels du trafic des stupéfiants.

The federal criminal power is not here challenged by some new doctrine of concurrent provincial criminal authority. The power of the province to enact quasi-criminal legislation must be predicated upon the existence of an otherwise valid provincial legislative program. The offences created for the enforcement or establishment of such a program have been historically treated by the Court as being ancillary to the power of the provincial legislature invoked by the principal legislation. Without the existence of the prerequisite provincial authority independent of the offence creating provisions, the legislation would be invalid as trenching upon the exclusive federal jurisdiction

En l'espèce, la compétence du fédéral en matière criminelle n'est pas contestée en vertu de quelque théorie nouvelle de la compétence concurrente de la province en matière criminelle. Le pouvoir de la province d'adopter des lois quasi pénales doit reposer sur l'existence d'un programme législatif provincial valide sous d'autres rapports. Cette Cour a dans le passé considéré que les infractions édictées pour l'application ou l'établissement d'un tel programme étaient accessoires à la compétence provinciale qui est invoquée dans la loi principale. Sans la compétence provinciale préalable, indépendante des dispositions qui établissent une infraction, la loi serait nulle parce qu'elle empiéterait sur

in criminal law. Thus we see that provincial enforcement provisions may be validly adopted in the context of schemes clearly provincial as for example in the field of regulation of highways or the regulation of trading in securities. See: *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238; and *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776. Where on the other hand the provincial legislation is not founded in an independent subsection of s. 92 but is "in relation to what is conceived to be a public evil and not in relation to civil rights or local matters" (see *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, *per* Cartwright J., at p. 317) the provincial legislation will be struck down. *Vide: Johnson v. Attorney General of Alberta*, [1954] S.C.R. 127; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; and *Switzman v. Elbling, supra.*

I would therefore find the British Columbia statute to be *intra vires* on the basis of the authority of the province under the subsections of s. 92 noted above and not being an invasion of the exclusive federal powers with reference to criminal law in s. 91(27). In reaching this conslusion, it must be emphasized that the divided or concurrent field of health legislation requires that any such interpretation or conclusion with reference to provincial legislation may come under subsequent review if and when it is joined in the field by federal legislation dealing with matters of national concern.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: Morris Manning, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Broughton & Company, Vancouver.*

la compétence fédérale exclusive en matière de droit criminel. Ainsi, nous constatons que la province peut validement adopter des mesures d'application si elles ont trait à un sujet de nature nettement provinciale comme, par exemple, la réglementation des routes ou celle du commerce des valeurs mobilières. Voir: *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Mann c. La Reine*, [1966] R.C.S. 238; et *Smith c. La Reine*, [1960] R.C.S. 776. D'autre part, si la loi provinciale ne relève pas d'un paragraphe particulier de l'art. 92, mais si elle porte «sur ce qui est perçu comme un fléau public et non sur des droits civils ou des questions de nature locale» (voir les motifs du juge Cartwright dans *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 317), la loi provinciale sera déclarée invalide. Voir: *Johnson c. Procureur général de l'Alberta*, [1954] R.C.S. 127; *Saumur c. Ville de Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299; et *Switzman c. Elbling*, précité.

Je suis donc d'avis de conclure que la loi de la Colombie-Britannique est *intra vires* parce qu'elle relève de la compétence que possède la province en vertu des paragraphes précités de l'art. 92 et qu'elle n'empiète pas sur la compétence fédérale exclusive en matière de droit criminel conférée par le par. 91(27). Je dois toutefois souligner que la santé étant un domaine de compétence concurrente ou partagée, il faudra que cette interprétation ou conclusion concernant la loi provinciale soit révisée plus tard si le fédéral adopte, dans le même domaine, une loi portant sur des questions d'intérêt national.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur de l'appelante: Morris Manning, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Broughton & Company, Vancouver.*

**Insurance Corporation of British Columbia** *Appellant*;

and

**Robert C. Heerspink** *Respondent*;

and

**Director, Human Rights Code** *Respondent.*

File No.: 16525.

1982: February 3; 1982: August 9.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Civil rights — Insurance policy cancelled without stated reasons — Risk analysis conducted after press reports of drug trafficking — Termination effected pursuant to statutory procedure — Whether or not termination a denial of service customarily available to public contrary to Human Rights Code — Human Rights Code of British Columbia, 1973 (B.C.), 2nd Sess., c. 119, s. 3 — Insurance Act, R.S.B.C. 1960, c. 197, s. 208, Statutory Condition 5(1).*

Appellant terminated the insurance coverage on respondent's buildings after conducting a "risk analysis" initiated after the press reported respondent's committal to trial on a charge of trafficking in marijuana. Notice of termination, without reasons, was given pursuant to the statutory conditions contained in all insurance contracts. Respondent filed a complaint under s. 3 of the *Human Rights Code* of British Columbia alleging that insurance coverage had been denied without reasonable cause. That section provided that reasonable cause was necessary to deny a person or class of persons a service customarily available to the public or to discriminate against a person or class of persons with respect to such service. The British Columbia Court of Appeal set aside the judgment of Munroe J. in a case stated to him by a Board of Inquiry which was designed to test that Board's finding that the Code had been violated.

*Held* (Martland, Beetz and Chouinard JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Laskin C.J. and Ritchie and Dickson JJ.: The question of 'reasonable cause', where it is an essential

**Insurance Corporation of British Columbia** *Appelante*;

et

**Robert C. Heerspink** *Intimé*;

et

**Le directeur, Human Rights Code** *Intimé.*

N° du greffe: 16525.

1982: 3 février; 1982: 9 août.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

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

*Libertés publiques — Résiliation d'une police d'assurance sans motif — Analyse de risque faite par suite de rapports de presse relatifs au trafic de drogue — Résiliation faite selon la procédure prévue par la loi — La résiliation constitue-t-elle, en contravention du Human Rights Code, un refus de fournir un service habituellement offert au public? — Human Rights Code of British Columbia, 1973 (B.C.), 2nd Sess., chap. 119, art. 3 — Insurance Act, R.S.B.C. 1960, chap. 197, art. 208, clause légale 5(1).*

L'appelante a mis fin à l'assurance des immeubles de l'intimé après avoir fait une «analyse de risque» par suite de la mention dans la presse du renvoi de l'intimé à son procès sur une accusation de trafic de marijuana. L'avis de résiliation, non motivé, a été donné conformément aux clauses légales inscrites dans tous les contrats d'assurance. L'intimé a porté plainte, en application de l'art. 3 du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, alléguant que l'assurance a été refusée sans cause raisonnable. L'article prescrit qu'il faut une cause raisonnable pour priver une personne ou une classe de personnes d'un service habituellement offert au public ou pour agir de façon discriminatoire envers une personne ou une classe de personnes à l'égard d'un tel service. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé le jugement du juge Munroe, sur l'exposé de cause soumis à ce dernier par un bureau d'enquête, en appel de la décision de ce bureau selon laquelle il y avait eu contravention au Code.

*Arrêt* (Les juges Martland, Beetz et Chouinard sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef Laskin et les juges Ritchie et Dickson: Lorsque la question de la «cause raisonnable» constitue

element in determining the application of s. 3 of the *Human Rights Code*, is a question of fact and not the proper subject of an appeal by way of stated case. Appeals to the British Columbia Supreme Court lay from a decision of a board of inquiry on any question of law or jurisdiction or on any finding of fact, necessary to establish the board's jurisdiction, that is manifestly incorrect. The Statutory Requirements of the *Insurance Act* and the *Human Rights Code* can stand together as there is no direct conflict between them.

*Per* Estey, McIntyre and Lamer JJ.: Although the two statutory enactments under review can stand together as there is no direct conflict between them, the Code would govern even if there were such a conflict. The Code is a fundamental law intended to supersede all other legislation except where a contrary intention is clearly and unequivocally expressed by the Legislature. The reasons for a denial of services through the operation of a termination clause should be no more and no less subject to s. 3 of the Code when denied initially. That the termination clause is made part of all contracts by statute does not make the clause part of the services customarily available to the public and consequently beyond s. 3(1) of the Code.

*Per* Martland, Beetz and Chouinard JJ., *dissenting*: Section 3(1) cannot be applied to limit an insurer in the exercise of the rights given by the statutory conditions under the *Insurance Act* and which the insured, by contract, has agreed the insurer should have. The power of the Human Rights Commission to interfere whith such a right spelled out by the Legislature must be more clearly expressed than in s. 3(1). Furthermore, respondent in that he received his policy was not denied the service customarily available by an insurer to the public. The insurance service customarily available to the public was the provision of an insurance policy, subject to the statutory conditions imposed by the legislature as a part of such policy.

[*Seward v. "Vera Cruz"* (1884), 10 App. Cas. 59; *Toronto Railway Company v. Paget* (1909), 42 S.C.R. 488, referred to; *Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun*, [1979] 2 S.C.R. 435, distinguished.]

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1981), 121 D.L.R. (3d) 464, 27 B.C.L.R. 1, [1981] 4 W.W.R. 103, allowing an appeal from a judgment of Munroe J., allowing an appeal from a decision of a Board of Inquiry appointed under the British Columbia

un élément essentiel qui détermine si l'art. 3 du *Human Rights Code* s'applique, c'est une question de fait qui n'est pas susceptible d'appel par voie d'exposé de cause. Il y a appel à la Cour suprême de la Colombie-Britannique d'une décision d'un bureau d'enquête sur toute question de droit ou de compétence ou sur toute conclusion de fait qui est essentielle pour établir la compétence du bureau et qui est manifestement erronnée. Les dispositions législatives de l'*Insurance Act* et celles du *Human Rights Code* peuvent coexister puisqu'il n'y a pas d'incompatibilité directe entre les unes et les autres.

*Les* juges Estey, McIntyre et Lamer: Même si les deux dispositions législatives examinées peuvent coexister puisqu'il n'y a pas d'incompatibilité directe entre elles, le Code devrait prévaloir même s'il y avait incompatibilité. Le Code est une loi fondamentale et à moins que le législateur n'ait clairement exprimé l'intention contraire, il a voulu qu'il ait préséance sur toutes les autres lois. Les raisons du refus des services par l'application d'une clause de résiliation devraient être assujetties à l'art. 3 du Code au même degré que si les services sont refusés dès le début. Le fait que la clause de résiliation soit incluse dans tous les contrats par l'effet de la loi ne la range pas parmi les services habituellement offerts au public et ne la soustrait pas à l'application du par. 3(1) du Code.

*Les* juges Martland, Beetz et Chouinard, *dissidents*: Le paragraphe 3(1) ne peut s'appliquer de façon à limiter un assureur dans l'exercice des droits que les clauses légales fixées par l'*Insurance Act* lui accordent et que l'assuré lui a reconnus par contrat. Le pouvoir de la Human Rights Commission de modifier un tel droit devrait être exprimé par le législateur de façon plus explicite que dans le par. 3(1). Parce qu'il a eu une police d'assurance, l'intimé n'a pas été privé d'un service habituellement offert au public par un assureur. Le service d'assurance habituellement offert au public est la délivrance d'une police d'assurance assujettie aux clauses légales que le législateur a imposées comme partie intégrante de ces polices.

[Jurisprudence: *Seward v. «Vera Cruz»* (1884), 10 App. Cas. 59; *Toronto Railway Company c. Paget* (1909), 42 R.C.S. 488; distinction faite avec l'arrêt *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1981), 121 D.L.R. (3d) 464, 27 B.C.L.R. 1, [1981] 4 W.W.R. 103, qui a accueilli l'appel à l'encontre du jugement du juge Munroe, qui accueillait l'appel d'une décision d'un comité d'enquête désigné en vertu du *Human*

*Human Rights Code*. Appeal dismissed, Martland, Beetz and Chouinard JJ. dissenting.

*K. C. Mackenzie* and *Bruce Fraser*, for the appellant.

*John Hall*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Ritchie and Dickson JJ. was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal brought with leave of this Court from a judgment of the Court of Appeal of British Columbia which set aside a judgment rendered by Munroe J. in Chambers, pursuant to a case stated before him by the Chairman of the Board of Inquiry appointed under s. 16 of the *Human Rights Code of British Columbia*, 1973 (B.C.), Second Session, c. 119, (hereinafter referred to as the *Human Rights Code*) which case was designed to question the finding of the Board that the Insurance Corporation of British Columbia (hereinafter referred to as the Insurer) had committed a violation of s. 3 of the *Human Rights Code* in refusing insurance coverage to the respondent without reasonable cause.

The first paragraph of the stated case discloses the origin of the problem which has concerned the courts. That paragraph recites that:

> On the 11th day of August, 1976, Robert C. Heerspink filed a complaint under Section 3 of the Human Rights Code of British Columbia, S.B.C. 1973 (Second Session) Chapter 119 alleging that the Insurance Corporation of British Columbia had refused insurance coverage without reasonable cause in violation of Section 3 of the Human Rights Code.

The insurer alleged that it was within its statutory rights under the *Insurance Act*, R.S.B.C. 1960, c. 197, to cancel its policy without assigning any reason for cancellation and in this regard it relied on Statutory Condition 5(1) contained in s. 208 of the *Insurance Act* which forms a part of every fire insurance contract in force in British Columbia and which reads as follows:

> 5. (1) This contract may be terminated
>
> (*a*) by the insurer giving to the insured fifteen days' notice of termination by registered mail, or five

*Rights Code* de la Colombie-Britannique. Pourvoi rejeté, les juges Martland, Beetz et Chouinard sont dissidents.

*K. C. MacKenzie* et *Bruce Fraser*, pour l'appelante.

*John Hall*, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Ritchie et Dickson rendu par

LE JUGE RITCHIE—Il s'agit d'un pourvoi sur autorisation de cette Cour contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a infirmé un jugement rendu par le juge Munroe, en référé, sur un exposé de cause que lui avait présenté le président du bureau d'enquête établi en application de l'art. 16 du *Human Rights Code of British Columbia*, 1973 (B.C.), deuxième session, chap. 119, (ci-après appelé le *Human Rights Code*); cet exposé de cause vise à contester la conclusion du bureau selon laquelle l'Insurance Corporation of British Columbia (ci-après appelée l'assureur) a commis une infraction à l'art. 3 du *Human Rights Code* en refusant d'assurer l'intimé sans cause raisonnable.

Le premier alinéa de l'exposé de cause révèle la source de la situation soumise aux tribunaux. Cet alinéa se lit comme suit:

> [TRADUCTION] Le 11 août 1976, Robert C. Heerspink a déposé une plainte, en vertu de l'art. 3 du *Human Rights Code of British Columbia*, S.B.C. 1973, deuxième session, chap. 119, alléguant que l'Insurance Corporation of British Columbia a refusé de l'assurer sans cause raisonnable en contravention de l'art. 3 du *Human Rights Code*.

L'assureur a soutenu qu'il avait droit, en vertu de l'*Insurance Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 197, d'annuler sa police sans fournir de motif de l'annulation et, à cet égard, il a invoqué la clause légale 5(1) que l'on trouve à l'art. 208 de l'*Insurance Act* et qui figure dans tous les contrats d'assurance-incendie en vigueur en Colombie-Britannique. Elle se lit ainsi:

> [TRADUCTION] 5. (1) Le présent contrat peut être résilié
>
> *a*) par l'assureur sur préavis de quinze jours donné à l'assuré par courrier recommandé, ou sur préavis

days' written notice of termination personally delivered; or

(*b*) by the insured at any time on request.

Standing alone the provisions of this section make it lawful for either the insurer or the insured to terminate the policy of fire insurance at will upon giving the requisite notice without assigning any reason therefor and there can be no doubt that at the time of its enactment the insurance company would have been amply justified in terminating the policy here in question under the provisions of this section. The difficulty which arises in this case is occasioned by the fact that some thirteen years after the enactment of the Statutory Condition, the *Human Rights Code* was enacted which, by s. 3(1) provided that:

**3.** (1) No person shall

(a) deny to any person or class of persons any accommodation, service, or facility customarily available to the public; or

(b) discriminate against any person or class of persons with respect to any accommodation, service, or facility customarily available to the public,

unless reasonable cause exists for such denial or discrimination.

It is the insurer's contention that the *Human Rights Code* did not have any effect on the terms of Statutory Condition 5 which is required to be included in every contract of insurance in British Columbia by reason of the provisions of s. 208(1) which provide that:

**208.** (1) The conditions set forth in this section shall be deemed to be part of every contract in force in the Province, and shall be printed on every policy with the heading "Statutory Conditions," and no variation or omission of or addition to any statutory condition shall be binding on the insured.

These circumstances had initially been made the subject of a stated case submitted to Mr. Justice Meredith under date of April 29, 1977 at which time objection was taken to the jurisdiction of the Board of Inquiry and after Mr. Justice Meredith had concluded that there was such jurisdiction an appeal was taken from his judgment to the Court of Appeal of British Columbia where Mr. Justice Robertson rendered a *per curiam* judgment dis-

écrit de cinq jours transmis à l'assuré personnellement; ou

*b*) n'importe quand sur demande de l'assuré.

En elles-mêmes, les dispositions de cet article permettent à l'assureur et à l'assuré de résilier la police d'assurance-incendie unilatéralement en donnant le préavis requis sans fournir le motif de la résiliation et il n'y a pas de doute qu'à l'époque de son adoption, la compagnie d'assurances aurait été pleinement autorisée à résilier la police en cause en vertu de cet article. La difficulté qui surgit en l'espèce tient à ce que quelque treize ans après la promulgation de la clause légale, la province a adopté le *Human Rights Code* dont le par. 3(1) dispose:

[TRADUCTION] **3.** (1) Nul ne doit

a) priver une personne ou une classe de personnes d'un logement, de services ou d'installations habituellement offerts au public; ou

b) agir de façon discriminatoire envers une personne ou une classe de personnes à l'égard d'un logement, de services ou d'installations habituellement offerts au public,

si ce n'est pour une cause raisonnable.

L'assureur soutient que le *Human Rights Code* n'a aucun effet sur les dispositions de la clause légale 5 qui doit être insérée dans tous les contrats d'assurance en vigueur en Colombie-Britannique en vertu des dispositions du par. 208(1) dont voici le texte:

[TRADUCTION] **208.** (1) Les conditions énoncées au présent article sont réputées faire partie de tout contrat en vigueur dans la province et doivent être imprimées sur toute police et précédées de la rubrique «clauses statutaires». Aucune modification, omission ou addition à l'une quelconque des clauses statutaires ne lie l'assuré.

Cette affaire avait d'abord fait l'objet d'un exposé de cause soumis au juge Meredith le 29 avril 1977; la compétence du bureau d'enquête y était contestée et la conclusion du juge Meredith selon laquelle le bureau était compétent fut portée devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Le juge Robertson a rendu le jugement par lequel la Cour rejette l'appel et confirme la compétence du bureau d'enquête. Cet arrêt n'a pas été

missing the appeal and affirming the Board's jurisdiction. No appeal has been taken from this judgment and the Board's jurisdiction in the matter must now be taken as accepted.

The jurisdiction of the Board having been thus established, it was reconvened on January 16, 1979 to hear evidence and consider the merits of the case. Pursuant to this hearing the Board concluded in a written decision given on March 8, 1979 that the insurer had committed a violation of s. 3(1) of the *Human Rights Code*.

In reaching this conclusion the said Board found the following facts:

(a) Mr. Robert C. Heerspink is the registered owner of a fourplex and a triplex in Sydney, British Columbia in respect of which the Insurance Corporation of British Columbia had issued a composite mercantile insurance policy.

(b) On April 24, 1976, the *Victoria Columnist* newspaper reported that Mr. Heerspink had been committed for trial "following a preliminary hearing on a charge of trafficking in marijuana in Sydney, December 11, 1972".

(c) Knowledge of the fact of the charge came to the attention of the Underwriting Department of the Insurance Corporation of British Columbia.

(d) After engaging in a process of "risk analysis" in accordance with its normal internal procedures, the Insurance Corporation of British Columbia decided to cancel the insurance policy.

(e) On June 16, 1976, the Insurance Corporation of British Columbia sent a registered letter to Mr. Heerspink cancelling the insurance policy upon the expiration of fifteen days notice. This notice was given pursuant to Statutory Condition 5 of the Policy.

(f) No reasons for cancellation were given.

(g) The ground for cancellation of Mr. Heerspink's policy was that he had been charged with trafficking in marijuana.

(h) The officials of the Insurance Corporation of British Columbia believed that the essence of a charge of trafficking in marijuana is an allegation that the person so charged has been dealing in the drug for profit.

porté en appel et il faut considérer la compétence du bureau comme acquise.

La compétence du bureau ayant ainsi été confirmée, celui-ci a repris ses audiences le 16 janvier 1979 pour entendre la preuve et se prononcer sur le fond de l'affaire. Par suite de cette audience, le bureau a conclu, dans des motifs écrits rendus le 8 mars 1979, que l'assureur avait contrevenu au par. 3(1) du *Human Rights Code*.

Pour en arriver à cette conclusion, le bureau d'enquête a constaté les faits suivants:

[TRADUCTION]

a) M. Robert C. Heerspink est le propriétaire enregistré de deux édifices, l'un de quatre logements et l'autre de trois logements à Sydney (Colombie-Britannique), pour lesquels l'Insurance Corporation of British Columbia avait émis une police d'assurance combinée commerciale.

b) Le 24 avril 1976, le journal *Victoria Columnist* a rapporté que M. Heerspink a été renvoyé à son procès «après une enquête préliminaire sur une accusation de trafic de marijuana à Sydney, le 11 décembre 1972».

c) L'existence de l'accusation est venue à l'attention du service de souscription de l'Insurance Corporation of British Columbia.

d) Après avoir entrepris une étude d'«analyse de risque» conformément aux usages internes ordinaires, l'Insurance Corporation of British Columbia a décidé d'annuler la police d'assurance.

e) Le 16 juin 1976, l'Insurance Corporation of British Columbia a fait parvenir à M. Heerspink une lettre recommandée l'avisant qu'elle résiliait la police d'assurance à l'expiration du préavis de quinze jours. Ce préavis a été donné en application de la clause légale 5 de la police.

f) Aucun motif de la résiliation de la police n'a été fourni.

g) Le motif de la résiliation de la police d'assurance de M. Heerspink a été son accusation de trafic de marijuana.

h) Les dirigeants de l'Insurance Corporation of British Columbia ont cru que l'allégation selon laquelle l'accusé a fait le trafic en vue d'un profit est de l'essence de l'accusation de trafic de marijuana.

(i) The decision to cancel the insurance policy was taken on the grounds of "moral hazard". The Board of Inquiry accepted the evidence of expert witness R.J. McCormick that: "Moral hazard is the intangible element of the risk which produces a negative aspect as to the acceptability of the piece of business. It pertains not to the physical property but to the insured. That is, his character, reputation, and circumstances. Moral hazard creates a serious doubt about his business transaction in the mind of the underwriter. He has reason to believe that the risk is not as he had contemplated, that it has a greater exposure to loss than he could care to accept. Since this possibly increased exposure cannot be corrected by rating or engineering because it deals with the intangible rather than the physical, the underwriter no longer wishes to be a party to the transaction and cancels the contract. This is a business decision not a legal judgment. The underwriter is not willing to take a chance of exposing his Company's assets on this risk."

(j) The only information that the officials of the Insurance Corporation of British Columbia who dealt with the matter had at their disposal at the time the decision was made to cancel, was that contained in the newspaper report that Mr. Heerspink had been "ordered to higher court trial on a charge of trafficking in marijuana," together with information supplied by Mr. Heerspink's insurance agent, who had expressed surprise at news of the charge, indicated that he was impressed with the insured who seemed a hard-working individual with lots of money, and apparently agreed with the decision of the Corporation to cancel.

(k) In the minds of the relevant officials of the Insurance Corporation of British Columbia, persons engaged in the drug trade are unusually vulnerable to property damage and present an increased risk to the property insurer.

(l) There was no evidence about the loss record of persons charged with trafficking in drugs.

(m) The officials of the Insurance Corporation of British Columbia were acting bona fide in an attempt to assess risk.

(n) The decision of the Insurance Corporation of British Columbia was made not with reference to personal characteristics of Mr. Heerspink relevant to the risks insured against but with reference to his assumed characteristics as a member of the group of persons comprised of those charged with trafficking in marijuana.

i) La décision de résilier la police d'assurance a été prise en raison du «risque moral». Le bureau d'enquête a cru la déposition du témoin expert R.J. McCormick selon lequel: «Le risque moral est l'élément intangible de risque qui a un effet négatif sur l'acceptabilité d'une opération. Il ne se rattache pas aux biens assurés mais à la personne de l'assuré. C'est-à-dire sa moralité, sa réputation et les circonstances. Le risque moral crée dans l'esprit de l'assureur un doute grave à propos de ses opérations financières. Il a des motifs de croire que le risque n'est plus celui qu'il avait évalué, que le risque comporte une plus grande probabilité de perte que ce qu'il veut accepter. Puisque il n'est pas possible de remédier à cette aggravation du risque par surprime ou par mesure de génie parce qu'elle porte sur l'aspect intangible plutôt que sur l'aspect matériel, l'assureur ne veut plus être partie à l'opération et résilie le contrat. C'est une décision commerciale et non une décision juridique. L'assureur ne veut plus exposer les biens de sa société à ce risque.»

j) Les seuls renseignements dont disposaient les dirigeants de l'Insurance Corporation of British Columbia au moment de prendre la décision de résilier la police sont ceux publiés dans le journal selon lesquels M. Heerspink avait été «renvoyé à la cour supérieure pour subir son procès sur une accusation de trafic de marijuana», ainsi que des renseignements fournis par le courtier d'assurances de M. Heerspink, qui s'était montré surpris de la nouvelle de l'accusation. Le courtier a en outre indiqué qu'il avait une impression favorable de l'assuré qui lui paraissait travailleur et financièrement à l'aise, mais il a apparemment souscrit à la décision de la société de résilier la police.

k) Dans l'esprit des dirigeants concernés de l'Insurance Corporation of British Columbia, les personnes mêlées au trafic de drogue sont anormalement exposées au vandalisme et constituent un risque plus élevé pour l'assureur de leurs biens.

l) Aucun élément de preuve ne traite de l'historique des pertes subies par les personnes accusées de trafic de drogue.

m) Les dirigeants de l'Insurance Corporation of British Columbia ont agi de bonne foi en procédant à l'évaluation du risque.

n) La décision de l'Insurance Corporation of British Columbia n'a pas été prise en fonction de particularités propres à M. Heerspink qui auraient été pertinentes relativement au risque assuré, mais en fonction de particularités qui lui ont été attribuées en tant que membre d'un groupe de personnes, les accusés de trafic de marijuana.

The appeal by way of stated case, and indeed the present appeal to this Court, is founded on these facts and basically it poses the question of whether the insurer was justified in terminating Mr. Heerspink's policy of insurance having regard to the provisions of Statutory Condition 5(1) under s. 208(1) of the *Insurance Act*, or whether s. 3 of the *Human Rights Code* is applicable in the present circumstances. We have not been favoured with a full account of the facts found by the Board, but Mr. Justice Hinkson, who wrote the majority judgment of the Court of Appeal for British Columbia allowing the appeal from Mr. Justice Munroe and restoring the judgment of the Board, including its finding that the insurance company had acted without just cause in terminating Mr. Heerspink's policy, offered the following critically important item:

> On March 8, 1979, in a written decision, the Board of Inquiry concluded that the Insurance Corporation of British Columbia had committed a violation of s. 3(1) of the Human Rights Code. It found that the complainant was discriminated against with respect to the service which the Insurance Corporation of British Columbia offered to the public. As a result of that conclusion it held that the provisions of s. 3 of the Human Rights Code had application. The Board of Inquiry then went on to consider whether or not the Insurance Corporation of British Columbia had reasonable cause for doing so. The Board of Inquiry concluded as a fact that no reasonable cause had been established. What is "reasonable cause" is not a question of law alone. It is, therefore, not the subject of an appeal by way of stated case.

It is my personal view that a mere allegation of criminal conduct accompanied by the finding of a preliminary inquiry that a *prima facie* case exists against an accused is not enough to warrant the conclusion that such a person is a member of the criminal classes or, as in this case, one associated with trafficking in marijuana. Left to myself I would have concluded that there was no "reasonable cause" for the termination of Mr. Heerspink's policy.

I am, however, in agreement with Mr. Justice Hinkson in his conclusion that the question of 'reasonable cause', where it is an essential element in determining the application of s. 3 of the *Human Rights Code*, is a question of fact and is

L'appel par voie d'exposé de cause et, bien sûr, le pourvoi en cette Cour se fondent sur ces faits et posent essentiellement la question de savoir si l'assureur était justifié de résilier la police d'assurance de M. Heerspink, vu la clause légale 5(1) imposée par le par. 208(1) de l'*Insurance Act*, ou si l'art. 3 du *Human Rights Code* s'applique aux circonstances de l'espèce. Nous n'avons pas eu l'avantage d'avoir une version complète des faits constatés par le bureau, mais le juge Hinkson, qui a rédigé les motifs majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, par lesquels elle accueille l'appel du jugement du juge Munroe et rétablit la décision du bureau qui avait conclu que la société d'assurances a agi sans juste cause en résiliant la police d'assurance de M. Heerspink, énonce le point suivant d'une importance fondamentale:

> [TRADUCTION] Dans une décision écrite rendue le 8 mars 1979, le bureau d'enquête a conclu que l'Insurance Corporation of British Columbia a violé le par. 3(1) du *Human Rights Code*. Il a conclu qu'il y avait eu discrimination à l'encontre du plaignant à l'égard d'un service que l'Insurance Corporation of British Columbia offre au public. Par suite de cette constatation, il a conclu que les dispositions de l'art. 3 du *Human Rights Code* s'appliquent. Le bureau d'enquête s'est ensuite demandé si l'Insurance Corporation of British Columbia avait un motif raisonnable de le faire. Le bureau d'enquête a conclu qu'en réalité on n'en avait prouvé aucun. Ce qui est «une cause raisonnable» n'est pas une pure question de droit. En conséquence, l'affaire n'est pas susceptible d'appel par voie d'exposé de cause.

A mon avis personnel, la simple allégation d'une conduite criminelle et la constatation à une enquête préliminaire qu'il existe une preuve *prima facie* contre un accusé ne suffisent pas à justifier la conclusion que l'accusé appartient à la catégorie des criminels ou, comme en l'espèce, c'est quelqu'un mêlé au trafic de la marijuana. Quant à moi, j'aurais conclu qu'aucun «motif raisonnable» ne justifiait la résiliation de la police de M. Heerspink.

Je partage toutefois la conclusion du juge Hinkson selon laquelle, lorsque la question de la «cause raisonnable», constitue un élément essentiel qui détermine si l'art. 3 du *Human Rights Code* s'applique, c'est une question de fait qui n'est pas

not the proper subject of an appeal by way of stated case, and in this regard I have special reference to s. 18 of the *Human Rights Code* which provides:

**18.** An appeal lies from a decision of a board of inquiry to the Supreme Court upon

(a) any point or question of law or jurisdiction; or

(b) any finding of fact necessary to establish its jurisdiction that is manifestly incorrect,

and the rules under the *Summary Convictions Act* governing appeals by way of stated case to that court apply to appeals under this section, and a reference to the word "Justice" shall be deemed to be a reference to the board of inquiry.

Under these circumstances, the Supreme Court of British Columbia was without jurisdiction to determine the validity of Mr. Heerspink's complaint and accordingly the judgment of the Board of Inquiry must stand.

It was contended on behalf of the insurer in conformity with the views expressed by Mr. Justice Munroe, that the *Insurance Act* Statutory Condition 5 takes precedence over the *Human Rights Code* s. 3 because the former is particular and specific legislation while the latter, which was subsequently enacted, is of a more general nature and does not purport to alter any of the provisions of any part of the *Insurance Act*.

These conclusions were reached in apparent compliance with the legal proposition which over the years has been dignified with the latin title *generalia specialibus non derogant*. That proposition finds some support in the oft-cited case of *Seward v. "Vera Cruz"* which was decided in the House of Lords in (1884), 10 App. Cas. 59, but it must be remembered that in that case the statutory provisions there under consideration were found to be "absolutely at variance" with each other and in my opinion the reasons for judgment of Duff J. (as he then was) in *Toronto Railway Company v. Paget* (1909), 42 S.C.R. 488, represent the true Canadian view of this subject. It was there said of the two statutes under consideration [at p. 491]:

susceptible d'appel par voie d'exposé de cause. A cet égard, je citerai l'art. 18 du *Human Rights Code*:

[TRADUCTION] **18.** Il peut être interjeté appel à la Cour suprême de toute décision d'un bureau d'enquête

a) sur un point ou question de droit ou de compétence; ou

b) sur toute conclusion manifestement erronée quant à un fait nécessaire pour fonder sa compétence,

les règles de la *Summary Convictions Act* qui régissent les appels interjetés par voie d'exposé de cause à ladite cour s'appliquent aux appels interjetés en vertu du présent article et toute mention du mot «juge» s'interprète comme une mention du bureau d'enquête.

Dans ces circonstances, la Cour suprême de la Colombie-Britannique n'avait pas compétence pour se prononcer sur la validité de la plainte de M. Heerspink et en conséquence la décision du bureau d'enquête demeure valide.

Les avocats de l'assureur ont soutenu, suivant en cela l'opinion exprimée par le juge Munroe, que la clause légale 5 de l'*Insurance Act* l'emporte sur l'art. 3 du *Human Rights Code* parce que la première est une disposition particulière et précise tandis que le second, qui a été adopté plus tard, est d'une nature plus générale mais n'est sensé modifier aucune disposition d'une partie de l'*Insurance Act*.

Ces conclusions découleraient apparemment de la maxime juridique qu'on a sacralisée, au cours des années, par une formulation latine: *generalia specialibus non derogant*. Cette maxime a reçu une certaine confirmation dans l'arrêt souvent cité de la Chambre des lords *Seward v. «Vera Cruz»* (1884), 10 App. Cas. 59, mais il ne faut pas oublier que dans cet arrêt, les lois en cause ont été jugées «en complète opposition». A mon avis, les motifs du juge Duff (alors juge puîné) dans l'arrêt *Toronto Railway Company c. Paget* (1909), 42 R.C.S. 488, expriment la véritable interprétation canadienne de cette question. Voici ce qu'on y dit des deux lois en cause [à la p. 491]:

One possible view is that in such cases the provision in the general Act is to be wholly discarded from consideration; the other is that both provisions are to be read as applicable to the undertaking governed by the special Act so far as they can stand together, and only where there is repugnancy between the two provisions and then only to the extent of such repugnancy the general Act is to be inoperative.

I agree with Mr. Justice Hinkson that in the present case the two statutory enactments under review can stand together as there is no direct conflict between them. The position is that the insurer's right to terminate its contract is unaffected by the provisions of s. 3 of the *Human Rights Code* wherever "reasonable cause exists" for such termination. This might be termed a modification of the Statutory Condition but it certainly does not in my view constitute repugnancy so as to alter the fact that "reasonable cause" is the touchstone in the construction of the two provisions here at issue.

It was further submitted, however, that the case of *Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun*, [1979] 2 S.C.R. 435, applied to the facts here disclosed, but that was a different case altogether, involving the alleged denial by a newspaper of the right of the Gay Alliance Toward Equality to publish an advertisement propagating its views favouring homosexuality of which the newspaper disapproved. There was no question in that case of the newspaper acting in accordance with a statutory authority such as Statutory Condition 5 of the *Insurance Act* and no issue arose as to the interaction of two statutory provisions.

The central question arising in that case was the effect, if any, to be given to s. 3 of the *Human Rights Code* on the freedom of the press which has long been recognized in our law, and whether a newspaper affords the public with the facility available for the free expression of its views. This question clearly involves the co-existence of the right of freedom of speech and the right of freedom of the press but it is not involved in the present case except to the extent described by Mr. Justice Martland in the *Gay Alliance* case in the

[TRADUCTION] D'une part, on peut soutenir que, dans de tels cas, il ne faut absolument pas tenir compte de la loi générale; d'autre part, on peut aussi soutenir que les deux dispositions doivent être considérées comme applicables à l'objet de la loi particulière pour autant qu'elles peuvent coexister, et ce n'est que s'il y a incompatibilité entre les deux dispositions que la Loi générale est inopérante, et ce dans la seule mesure de cette incompatibilité.

Je suis d'accord avec le juge Hinkson que, dans la présente affaire, les deux dispositions législatives en cause peuvent coexister puisqu'il n'y a pas d'incompatibilité directe entre elles. En réalité, les dispositions de l'art. 3 du *Human Rights Code* ne portent pas atteinte aux droits de l'assureur de mettre fin à son contrat chaque fois qu'une «cause raisonnable» justifie cette résiliation. On peut dire qu'il s'agit d'une modification apportée à la clause légale, mais il ne s'agit certainement pas, à mon avis, d'une incompatibilité de nature à modifier le fait que la «cause raisonnable» est le critère absolu d'interprétation des deux dispositions visées en l'espèce.

On a cependant aussi soutenu que l'arrêt *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435, s'applique aux faits en l'espèce; toutefois, c'est une affaire totalement différente où on alléguait qu'un journal aurait violé les droits de The Gay Alliance Toward Equality de publier une annonce qui visait à promouvoir ses vues favorables à l'homosexualité que le journal réprouvait. Il n'est pas fait état dans cette affaire-là que le journal agissait conformément à une disposition législative semblable à la clause légale 5 de l'*Insurance Act* et il n'est pas question de conflit entre deux dispositions législatives.

Les questions centrales que ce pourvoi soulevait étaient celle de la portée à donner à l'art. 3 du *Human Rights Code* à l'égard de la liberté de la presse reconnue depuis longtemps par notre droit, et celle de savoir si un journal fournit au public le moyen d'exprimer librement ses opinions. Ces questions portent manifestement sur la coexistence du droit à la liberté de parole et du droit à la liberté de la presse, mais elles ne se posent pas dans le présent pourvoi, sauf dans la mesure mentionnée par le juge Martland dans l'arrêt *Gay*

penultimate paragraph of his judgment at p. 456 where he said:

> Section 3 of the Act does not purport to dictate the nature and scope of a service which must be offered to the public. In the case of a newspaper, the nature and scope of the service which it offers, including advertising service, is determined by the newspaper itself. What s. 3 does is to provide that a service which is offered to the public is to be available to all persons seeking to use it and the newspaper cannot deny the service which it offers to any particular member of the public unless *reasonable cause exists* for so doing. [The italics are my own.]

This appears to me to reinforce the significance to be attached to the presence of reasonable cause wherever s. 3 of the *Human Rights Code* is to be invoked.

As I have indicated, I agree with the Court of Appeal that "reasonable cause" is not a question of law alone and having regard to the provisions of s. 18 of the *Human Rights Code* its existence cannot be the subject of an appeal such as the present one by way of stated case.

It accordingly follows that the finding of the Board of Inquiry is re-established and the appeal is dismissed with costs.

The reasons of Martland, Beetz and Chouinard JJ. were delivered by

MARTLAND J. (*dissenting*)—The basic facts in this appeal are as follows. The respondent, Robert C. Heerspink, is the owner of land in Sydney, British Columbia, upon which buildings were constructed. The appellant issued to him a composite mercantile policy in respect of the buildings. On April 24, 1976, the *Victoria Columnist* newspaper reported that Mr. Heerspink had been committed for trial following a preliminary hearing on a charge of trafficking in marijuana in Sydney on December 11, 1975.

Knowledge of the fact of the charge came to the attention of the appellant's underwriting department. After engaging in a process of "risk analysis" in accordance with its normal internal procedures, the appellant decided to terminate the policy. Notice of termination was sent to the respondent terminating the policy upon the expira-

*Alliance* à l'avant-dernier alinéa de ses motifs à la p. 456, où il dit:

> L'article 3 de la Loi n'a pas pour objet de prescrire la nature et l'étendue d'un service qui doit être offert au public. Dans le cas d'un journal, celui-ci détermine lui-même la nature et la portée des services qu'il offre, y compris le service de publicité. L'effet de l'art. 3 est d'assurer qu'un service offert au public l'est à tous ceux qui veulent y avoir recours et le journal ne peut en refuser l'accès à un membre particulier du public à moins d'une *cause raisonnable* de refus. [Les italiques sont de moi].

Cela me paraît renforcer l'importance qu'il faut attacher à l'existence d'une cause raisonnable toutes les fois que l'on a recours à l'art. 3 du Code.

Comme je l'ai déjà indiqué, je partage l'avis de la Cour d'appel que la «cause raisonnable» n'est pas une pure question de droit et, vu les dispositions de l'art. 18 du *Human Rights Code*, son existence ne peut faire l'objet d'un appel par voie d'exposé de cause comme en l'espèce.

Il s'ensuit donc que la conclusion du bureau d'enquête est rétablie et que le pourvoi est rejeté avec dépens.

Version française des motifs des juges Martland, Beetz et Chouinard rendus par

LE JUGE MARTLAND (*dissident*)—Les faits principaux du présent pourvoi sont les suivants. L'intimé Robert C. Heerspink, est propriétaire d'un bien-fonds situé à Sydney (Colombie-Britannique), sur lequel il y a des bâtiments. L'appelante lui a délivré une police combinée commerciale pour ces derniers. Le 24 avril 1976, le journal *Victoria Columnist* rapportait que M. Heerspink avait été renvoyé à son procès après enquête préliminaire sur une accusation de trafic de marijuana, à Sydney, le 11 décembre 1975.

Le service de souscription de l'appelante a eu connaissance de l'accusation. Après avoir procédé à une «analyse de risque» conforme à ses opérations internes ordinaires, l'appelante a décidé de résilier la police. Elle a fait parvenir un avis de résiliation à l'intimé qui indiquait que la police d'assurance prenait fin à l'expiration du délai de

tion of fifteen days notice. The notice of termination did not state any reasons for termination.

The notice was given pursuant to Statutory Condition 5 of the policy. The relevant portion of s. 208 of the *Insurance Act*, R.S.B.C. 1960, c. 197, as amended, provided as follows:

**208.** (1) The conditions set forth in this section shall be deemed to be part of every contract in force in the Province and shall be printed on every policy with the heading "Statutory Conditions," and no variation or omission of or addition to any statutory condition shall be binding on the insured.

**STATUTORY CONDITIONS**

. . .

**5.** (1) This contract may be terminated

(*a*) by the insurer giving to the insured fifteen days' notice of termination by registered mail, or five days' written notice of termination personally delivered; or

(*b*) by the insured at any time on request.

The policy issued by the appellant to the respondent was a contract containing the above provision which was required by statute to be included as a part of it.

The respondent filed a complaint under s. 3 of the *Human Rights Code of British Columbia*, 1973 (B.C.), Second Session, c. 119, alleging that the appellant had refused insurance coverage without reasonable cause in violation of that section. Section 3 provides as follows:

**3.** (1) No person shall

(a) deny to any person or class of persons any accommodation, service, or facility customarily available to the public; or

(b) discriminate against any person or class of persons with respect to any accommodation, service, or facility customarily available to the public,

unless reasonable cause exists for such denial or discrimination.

The complaint was considered by a Board of Inquiry appointed pursuant to the provisions of the *Human Rights Code* which conducted a hearing and which concluded that the appellant had committed a violation of s. 3(1) of the *Human Rights Code*. The appellant appealed from this decision.

quinze jours. Le préavis ne mentionnait aucun motif de résiliation.

Le préavis a été donné conformément à la clause légale nº 5 de la police. La partie pertinente de l'art. 208 de l'*Insurance Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 197, et modifications dispose:

[TRADUCTION] **208.** (1) Les conditions énoncées au présent article sont réputées faire partie de tout contrat en vigueur dans la province et doivent être imprimées sur toute police et précédées de la rubrique «clauses légale». Aucune modification, omission ou addition à l'une quelconque des clauses statutaires ne lie l'assuré.

**CLAUSES LEGALES**

. . .

**5.** (1) Le présent contrat peut être résilié

*a*) par l'assureur sur préavis de quinze jours donné à l'assuré par courrier recommandé, ou sur préavis écrit de cinq jours transmis à l'assuré personnellement; ou

*b*) n'importe quand sur demande de l'assuré.

La police d'assurance délivrée par l'appelante à l'assuré comportait la clause ci-dessus ainsi que l'exige la loi.

L'intimé a déposé une plainte conformément à l'art. 3 du *Human Rights Code of British Columbia*, 1973 (B.C.), deuxième session, chap. 119, par laquelle il soutient que l'appelante a refusé de l'assurer sans cause raisonnable en contravention dudit article. L'article 3 prévoit:

[TRADUCTION] **3.** (1) Nul ne doit

a) priver une personne ou une classe de personnes d'un logement, de services ou d'installations habituellement offerts au public; ou

b) agir de façon discriminatoire envers une personne ou une classe de personnes à l'égard d'un logement, de services ou d'installations habituellement offerts au public,

si ce n'est pour une cause raisonnable.

Un bureau d'enquête établi en application des dispositions du *Human Rights Code* a examiné la plainte au cours d'une audience et conclu que l'appelante avait contrevenu au par. 3(1) du *Human Rights Code*. L'appelante a interjeté appel de cette décision. Le juge Munroe a accueilli cet

Munroe J. allowed the appeal. The respondents appealed from this decision and their appeal was allowed by the Court of Appeal, which restored the decision of the Board of Inquiry. The appellant, with leave, has appealed to this Court from that judgment.

The respondent's complaint was that he had been refused insurance coverage by the appellant and that this constituted a denial to him of a service customarily available to the public and which constituted a violation of s. 3(1) of the *Human Rights Code* in the absence of reasonable cause. In my opinion it is necessary to consider what was the nature of the service provided by the appellant which was customarily available to the public.

The service which the appellant provided to the public was the provision of fire insurance coverage to persons who entered into insurance contracts with it. Some of the provisions of the contracts made by appellant with persons to be insured were dictated by statute. Statutory Condition 5 was such a provision.

The appellant did not deny to the respondent the service which it customarily made available to the public. It issued a policy to him. He accepted the policy and, in so doing, agreed that his policy would be subject to the terms of Statutory Condition 5, imposed by the Legislature. That term of the contract gave to both parties the absolute right to terminate it at will. The appellant exercised its contractual right. The termination of the contract by the appellant was not a denial of a service. It was the exercise of a contractual right.

Section 3(1) of the *Human Rights Code* does not purport to define the scope of the services which are customarily available to the public. What it does is to prohibit the denial of a service which is customarily available to the public. In the case of insurance companies the nature of the service provided by the insurer to the insured has been defined by statute. The Legislature has prescribed the conditions attaching to an insurance policy and the insurer is required to include those conditions as a part of the policy. The provision of

appel. Les intimés ont interjeté appel de cette décision et la Cour d'appel a accueilli leur appel, rétablissant la décision du bureau d'enquête. L'appelante se pourvoit sur autorisation de cette Cour à l'encontre de cet arrêt.

L'intimé se plaint de ce que l'appelante a refusé de l'assurer, ce qui constitue un refus de lui rendre un service habituellement offert au public et une violation du par. 3(1) du *Human Rights Code* en l'absence d'une cause raisonnable. A mon avis, il faut se demander quelle est la nature du service que l'appelante offre habituellement au public.

Le service que l'appelante offre au public est une couverture d'assurance-incendie aux personnes qui contractent une assurance avec elle. Certaines des dispositions des contrats conclus entre l'appelante et les assurés sont prescrites par la Loi. La clause légale 5 est une disposition de ce type.

L'appelante n'a pas refusé à l'intimé le service qu'elle offre habituellement au public. Elle lui a délivré une police d'assurance. Il a accepté cette police et, ce faisant, il a convenu que celle-ci serait assujettie aux dispositions de la clause légale 5 imposée par le législateur. Cette disposition du contrat accorde aux deux parties le droit absolu de le résilier à leur gré. L'appelante a exercé le droit que le contrat lui reconnaît. La résiliation du contrat par l'appelante ne constitue pas un refus de service. Il s'agit de l'exercice d'un droit contractuel.

Le paragraphe 3(1) du *Human Rights Code* ne vise pas à délimiter l'étendue des services qui sont habituellement offerts au public. Son effet est d'interdire le refus d'un service habituellement offert au public. Pour les sociétés d'assurances, la nature du service que l'assureur offre à l'assuré est définie par la Loi. Le législateur a déterminé les conditions qui régissent une police d'assurance et l'assureur est tenu de les insérer dans la police. La délivrance de polices d'assurance assujetties à ces conditions est le service que l'assureur offre habi-

insurance policies subject to those conditions is the service customarily provided by insurance companies to the public. The *Human Rights Code* does not require the provision of services other than those customarily available to the public.

What the respondent is seeking to do is to apply s. 3(1) of the *Human Rights Code* in a manner which would limit an insurer in the exercise of the rights given by the statutory conditions under the *Insurance Act* and which the insured, by contract, has agreed that the insurer should have.

I do not interpret s. 3(1) as having that effect. It deals with the denial of a service. I have already pointed out that the respondent was not denied the service customarily available by an insurer to the public. He got his policy. His contention is that, notwithstanding the contractual termination provision, the Human Rights Commission can require the insurer to show reasonable cause of the exercise of its contractual right. In my opinion such a power to interfere with contractual rights would require very clear words to justify, particularly when the contractual right is one spelled out by the Legislature itself. In my opinion s. 3(1) does not extend that far.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the order of Munroe J. The appellant should be entitled to its costs throughout.

The reasons of Estey, McIntyre and Lamer JJ. were delivered by

LAMER J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment of my brothers Martland and Ritchie. While concurring in the reasons of my brother Ritchie, I should like to add a few comments. I need not here set out anew the facts giving rise to this case, quote the relevant legislation or summarize the findings below. This has been most adequately done by my two colleagues.

The *Human Rights Code of British Columbia*

When the subject matter of a law is said to be the comprehensive statement of the "human rights" of the people living in that jurisdiction,

tuellement au public. Le *Human Rights Code* n'exige pas la fourniture de services autres que ceux qui sont habituellement offerts au public.

L'intimé cherche à appliquer le par. 3(1) du *Human Rights Code* de façon à ce qu'un assureur se voit limiter dans l'exercice des droits que les clauses légales fixées par l'*Insurance Act* lui accordent et que l'assuré lui a reconnus par contrat.

Selon moi, le par. 3(1) n'a pas cette portée. Il vise le refus de fournir un service. J'ai déjà signalé qu'on n'a pas refusé à l'intimé le service qu'un assureur offre habituellement au public. Une police d'assurance lui a été délivrée. Il soutient que, malgré les dispositions qui permettent la résiliation du contrat, la Human Rights Commission peut obliger l'assureur à justifier l'exercice de son droit contractuel par une cause raisonnable. A mon avis, un tel pouvoir de modifier des droits contractuels devrait s'appuyer sur des dispositions très précises, surtout lorsque le droit contractuel est énoncé par le législateur lui-même. A mon avis le par. 3(1) ne va pas aussi loin.

Je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance du juge Munroe. L'appelante devrait avoir droit aux dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs des juges Estey, McIntyre et Lamer rendus par

LE JUGE LAMER—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mes collègues les juges Martland et Ritchie. Tout en étant d'accord avec les motifs de mon collègue le juge Ritchie, je désire ajouter quelques observations. Il n'est pas nécessaire que je répète ici les faits qui ont donné lieu au présent pourvoi, que je cite les textes de loi pertinents, ni que je résume les conclusions des cours d'instance inférieure. Mes collègues l'ont déjà très bien fait.

Le *Human Rights Code of British Columbia*

Lorsque l'objet d'une loi est décrit comme l'énoncé complet des «droits» des gens qui vivent sur un territoire donné, il n'y a pas de doute, selon

then there is no doubt in my mind that the people of that jurisdiction have through their legislature clearly indicated that they consider that law, and the values it endeavours to buttress and protect, are, save their constitutional laws, more important than all others. Therefore, short of that legislature speaking to the contrary in express and unequivocal language in the Code or in some other enactment, it is intended that the Code supersede all other laws when conflict arises.

As a result, the legal proposition *generalia specialibus non derogant* cannot be applied to such a code. Indeed the *Human Rights Code*, when in conflict with "particular and specific legislation", is not to be treated as another ordinary law of general application. It should be recognized for what it is, a fundamental law.

Furthermore, as it is a public and fundamental law, no one, unless clearly authorized by law to do so, may contractually agree to suspend its operation and thereby put oneself beyond the reach of its protection.

Therefore, whilst agreeing with my brother Ritchie that "the two statutory enactments under review can stand together as there is no direct conflict between them", I should add that were there such a conflict, the Code would govern. I find nowhere in the laws of British Columbia that s. 5 of the Statutory Conditions set forth in s. 208 of the *Insurance Act*, R.S.B.C. 1960, c. 197, as amended, is to be given any special treatment under the *Human Rights Code*.

Section 208 of the *Insurance Act*

It is said that, given the mandatory inclusion of termination clause 5 in all insurance contracts through s. 208 of the *Insurance Act*, the nature of the service provided by insurers to the insured has been defined by statute and that the unilateral terminability by the insurer of the policy is part of the services "customarily available to the public", and that, as such, the reasons for termination are beyond any scrutiny of s. 3 of the Code.

moi, que ces gens ont, par l'entremise de leur législateur, clairement indiqué qu'ils considèrent que cette loi et les valeurs qu'elle tend à promouvoir et à protéger, sont, hormis les dispositions constitutionnelles, plus importantes que toutes les autres. En conséquence à moins que le législateur ne se soit exprimé autrement en termes clairs et exprès dans le Code ou dans toute autre loi, il a voulu que le Code ait préséance sur toutes les autres lois lorsqu'il y a conflit.

En conséquence, la maxime juridique *generalia specialibus non derogant* ne peut s'appliquer à un tel code. En réalité, si le *Human Rights Code* entre en conflit avec «des lois particulières et spécifiques», il ne faut pas le considérer comme n'importe quelle autre loi d'application générale, il faut le reconnaître pour ce qu'il est, c'est-à-dire une loi fondamentale.

De plus, puisqu'il s'agit de droit public et de droit fondamental, personne ne peut, par contrat, à moins que la loi ne l'y autorise expressément, convenir d'en écarter l'application et se soustraire ainsi à son champ de protection.

Donc, tout en étant d'accord avec mon collègue le juge Ritchie que «les deux dispositions législatives en cause peuvent coexister puisqu'il n'y a pas d'incompatibilité directe entre elles», j'ajouterai que, eût-il eu incompatibilité, le Code eût dû prévaloir. Je ne vois nulle part dans les lois de la Colombie-Britannique que l'art. 5 des clauses légales énoncées dans l'art. 208 de l'*Insurance Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 197, et modifications, doit recevoir une application spéciale en vertu du *Human Rights Code*.

L'article 208 de l'*Insurance Act*

On a prétendu qu'à cause de l'obligation d'insérer la clause de résiliation n° 5 dans toutes les polices d'assurance en application de l'art. 208 de l'*Insurance Act*, c'est la Loi qui définit la nature du service rendu par les assureurs aux assurés, que la possibilité de résiliation unilatérale de la police par l'assureur fait partie des services «habituellement offerts au public» et que, ainsi, les motifs de cette résiliation ne sont pas susceptibles de révision en application de l'art. 3 du Code.

In my view, the fact that the termination clause is in the insurance contract by virtue of a law is of little help to the appellant. Indeed, the only effect of the law is to impose upon the parties to any insurance contract the inclusion of a specific termination clause. Once that is achieved, the fact that the clause was legislatively imposed puts it, as regards the Code, in no better position than if it had been included in the contract solely through the will of the parties. The fact that it is included in all contracts of insurance does not make it part of the services customarily available to the public. The proposition that it is, though not without some logic and at first sight appealing, with respect, is not supportable.

Such a proposition would defeat the purpose of the Act by indirectly placing insurance policies beyond the reach of s. 3 of the Code. As I have already said, nowhere in the laws of British Columbia is it stated that insurance policies should enjoy any special treatment under the Code and I can see no reason why insurance was not intended by the legislature to be a "service" in the sense in which the word is used in s. 3 of the Code.

The suggested interpretation of "customarily available to the public" would enable an insurer to accomplish by termination of a policy that which would be clearly forbidden on an application for the issuance of a policy, and to insulate such action from any investigation of the reasons therefor. Worse it could even do with impunity, because it is done beyond reach of the section, what under the section can never, as a matter of law, be a reasonable cause.

On this interpretation of the law, thàt an insurance company terminated fire insurance coverage of a building upon learning that the insured owner rented the premises to coloured persons would not even trigger s. 3. Had the company for that very same reason denied the coverage at the outset, not only would the section be triggered but also successfully for the complainant. The legislature cannot have intended such a result.

A mon avis, le fait que la clause de résiliation soit incluse au contrat en vertu d'une loi n'est pas très utile à l'appelante. En réalité, la Loi a pour seule conséquence d'imposer aux parties à tout contrat d'assurance l'inclusion d'une clause de résiliation particulière. Ceci accompli, le fait que la clause soit imposée par la loi ne la place pas, pour ce qui est du Code, dans une situation plus favorable que celle où elle se trouverait si son inclusion dans le contrat résultait de la volonté des parties. Que la clause soit incluse dans tous les contrats d'assurance ne la range pas parmi «les services habituellement offerts au public». Bien que la proposition soit à première vue attrayante et non sans une certaine logique, elle est, avec égards, non fondée.

Une telle proposition détruirait l'objet de la Loi en soustrayant indirectement toutes les polices d'assurance à l'application de l'art. 3 du Code. Comme je l'ai déjà mentionné, il n'est écrit nulle part dans les lois de la Colombie-Britannique que les polices d'assurance doivent jouir d'un statut spécial en vertu du Code et je ne puis voir de motif pour lequel le législateur aurait voulu que l'assurance ne fût pas un «service» selon le sens que prend ce terme à l'art. 3 du Code.

L'interprétation proposée de l'expression «ordinairement offerts au public» permettrait à un assureur de faire par la résiliation d'une police ce qui lui est nettement défendu à l'occasion d'une proposition d'assurance tout en soustrayant ses motifs à une enquête. Pis encore, il pourrait même faire impunément, parce qu'il le ferait hors de la portée de l'article, ce qui en vertu de l'article ne peut jamais, en droit, être une cause raisonnable.

Selon cette interprétation du droit, la résiliation par une société d'assurances d'une police d'assurance-incendie après avoir appris que le propriétaire assuré a loué les lieux assurés à des personnes de couleur ne donnerait même pas lieu à l'application de l'art. 3. Si la société refusait d'assurer pour exactement le même motif lorsqu'on lui présente une proposition d'assurance, non seulement l'article s'appliquerait, mais on donnerait raison au plaignant. Le législateur ne peut avoir voulu un tel résultat.

Termination Clauses

A termination clause is a mechanism for denying the continuation of services the provision of which had been agreed to at the beginning. Once exercised, the right to terminate results in a denial of services not differing from a denial, had there been one, at the outset. Therefore the reasons for a denial of services through the operation of a termination clause should be no more but also no less subject to s. 3 of the Code than when denied initially.

The reasons for denying services at the outset are, whether they be expressed or not, subject, if there is a complaint, to being investigated and their reasonableness subject to determination by the commission through boards of inquiry. The same applies to reasons for denial of service by virtue of a termination clause even where no reasons need be given.

The Legislature by enacting s. 3 of the Code has, as a matter of policy, subjected to the Code the exercise of many traditionally unhindered contractual rights and given the commission very wide powers. Be that as it may, I agree with the Chief Justice when he said in *Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun*, [1979] 2 S.C.R. 435, at p. 447:

> The policy embodied is plain and clear. Every person or class of person is entitled to avail himself or themselves of such services or facilities unless reasonable grounds are shown for denying them or discriminating in respect of them. This Court is obliged to enforce this policy regardless of whether it thinks it to be ill-advised.

I would therefore, for these reasons and those of my brother Ritchie, dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs*, MARTLAND, BEETZ *and* CHOUINARD JJ. *dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Guild, Yule & Company, Vancouver.*

*Solicitors for the respondents: DuMoulin, Black, Vancouver.*

Les clauses de résiliation

La clause de résiliation est un moyen de refuser de continuer la prestation de services qu'on s'était engagé à fournir au départ. Une fois exercé, le droit de résilier un contrat emporte un refus de rendre des services qui ne diffère pas d'un refus qui aurait pu se produire au moment de la demande de services. En conséquence, les raisons du refus des services par l'application d'une clause de résiliation devraient être assujetties à l'art. 3 du Code au même degré que si les services sont refusés dès le début.

Les raisons du refus au moment de la demande de services, qu'elles soient exprimées ou non, sont susceptibles de faire l'objet d'une enquête s'il y a plainte, et le caractère raisonnable de ces raisons peut faire l'objet d'une décision de la Commission par le mécanisme des bureaux d'enquête. Les mêmes mesures s'appliquent aux motifs de refus d'un service en vertu d'une clause de résiliation même si aucun motif de résiliation n'est fourni.

Par l'art. 3 du Code, le législateur a choisi de soumettre au Code l'exercice de plusieurs droits contractuels qui jusque-là étaient laissés à la liberté contractuelle des parties et, à cette fin, a donné à la Commission des pouvoirs très étendus. Quoi qu'il en soit, je suis d'accord avec le Juge en chef qui disait dans *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435, à la p. 447:

> Le principe qui s'en dégage est clair et net. Toute personne ou classe de personnes a le droit de se prévaloir de ces services ou de ces installations, à moins qu'il soit possible d'établir que des motifs raisonnables justifient le refus ou l'acte discriminatoire. Cette Cour est obligée d'appliquer ce principe même s'il lui semble peu judicieux.

Pour ces motifs et les motifs exprimés par mon collègue le juge Ritchie, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges* MARTLAND, BEETZ *et* CHOUINARD *sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante: Guild, Yule & Company, Vancouver.*

*Procureurs des intimés: DuMoulin, Black, Vancouver.*

**Multiple Access Limited, by The Ontario Securities Commission** *Appellant*;

and

**John O. McCutcheon, David K. Lowry, John Craig, Fred W. Gibbs and Dickson Jarvis** *Respondents*;

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General for Alberta and the Attorney General for Saskatchewan** *Interveners.*

File No.: 15299.

1981: November 25, 26; 1982: August 9.

Present: Laskin C.J., Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Validity of legislation — Insider trading — Federal and provincial provisions similar — Whether federal and provincial provisions intra vires — Whether doctrine of paramountcy applicable — Canada Corporations Act, R.S.C. 1970, c. C-32 (as amended by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 10, s. 7), ss. 100.4, 100.5 — The Securities Act, R.S.O. 1970, c. 426, ss. 113, 114.*

Shareholders of a federally-incorporated company secured a court order pursuant to s. 114(1) of the Ontario *Securities Act* requiring the Ontario Securities Commission to commence an action on behalf of the company to enforce liability arising from alleged "insider trading" by the defendants, who were directors or officers of the company. The defendants pleaded that the "insider trading" provisions in the Ontario Act were: (1) *ultra vires*, and (2) inoperative under the paramountcy doctrine with respect to a federally-incorporated company because they duplicated provisions of the *Canada Corporations Act*. These points of law were set down for hearing prior to trial. The Weekly Court Judge held that the Ontario provisions were not suspended by federal paramountcy. The Divisional Court reversed. The Ontario Court of Appeal affirmed the judgment of the Divisional Court. This appeal raises three questions:

**Multiple Access Limited, représentée par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario** *Appelante*;

et

**John O. McCutcheon, David K. Lowry, John Craig, Fred W. Gibbs et Dickson Jarvis** *Intimés*;

et

**Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de l'Alberta et le procureur général de la Saskatchewan** *Intervenants.*

N° du greffe: 15299.

1981: 25, 26 novembre; 1982: 9 août.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit constitutionnel — Validité d'une loi — Opérations des dirigeants — Dispositions fédérale et provinciale analogues — Les dispositions fédérale et provinciale sont-elles intra vires? — La doctrine de la prépondérance s'applique-t-elle? — Loi sur les corporations canadiennes, S.R.C. 1970, chap. C-32 (modifiée par S.R.C. 1970 (1er Supp.), chap. 10, art. 7), art. 100.4, 100.5 — The Securities Act, R.S.O. 1970, chap. 426, art. 113, 114.*

Des actionnaires d'une compagnie à charte fédérale ont obtenu d'un juge conformément au par. 114(1) de *The Securities Act* de l'Ontario une ordonnance qui force la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario à intenter une action au nom de la compagnie en vue de faire exécuter l'obligation découlant des prétendues «opérations des dirigeants» des défendeurs, qui sont des administrateurs ou des cadres de la compagnie. Les défendeurs ont plaidé que les dispositions de la loi ontarienne relatives aux «opérations des dirigeants» sont (1) *ultra vires* et (2) sans effet à l'égard d'une compagnie à charte fédérale en vertu de la doctrine de la prépondérance parce qu'elles reproduisent les dispositions de la *Loi sur les corporations canadiennes*. Ces points de droit ont été inscrits pour audition préalablement au procès. Le juge de la Cour des sessions hebdomadaires a conclu que les dispositions de la loi onta-

(1) whether ss. 100.4 and 100.5 of the *Canada Corporations Act* are *ultra vires* Parliament; (2) whether ss. 113 and 114 of *The Securities Act* are *ultra vires* the Ontario Legislature, and (3) if both are *intra vires*, whether ss. 113 and 114 of the Ontario Act are suspended and inoperative by reason of the doctrine of paramountcy.

*Held*: The appeal should be allowed. The three questions should be answered by the negative. (Beetz, Estey, and Chouinard JJ., concurring in the result but dissenting in part, would have answered question 1 "Yes", question 2 "No" and would have given no answer to question 3).

*Per* Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, McIntyre and Lamer JJ.: (1) Sections 100.4 and 100.5 of the *Canada Corporations Act* are *intra vires*. They are directed at protecting companies and shareholders against injurious insider practices. The proper relationship between a company and its insiders is central to company law, and is within Parliament's Peace, Order and Good Government Power. The imposition of civil liability is s. 100.4(1) has a rational, functional connection with company law, and does not so invade the provincial domain as to become *ultra vires*.

Insider trading provisions have both a company law and a securities law aspect. Where, as here, the contrast between the relative importance of the two features is not sharp, the double aspect doctrine is applicable to validate both sets of legislative provisions.

(2) Sections 113 and 114 of the Ontario *Securities Act* are *intra vires*. The provinces have the power, as a matter of property and civil rights, to regulate trade in corporate securities. Federally-incorporated companies are subject to provincial securities regulation provided the provincial statute, like this one, neither singles out federal companies for special treatment, not impairs the status or essential powers of such companies.

(3) Sections 113 and 114 of the Ontario Act are not inoperative due to the paramountcy doctrine. Where, as here, otherwise valid provincial legislation merely duplirienne ne sont pas suspendues en raison de la prépondérance des dispositions fédérales. La Cour divisionnaire a infirmé cette décision. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé le jugement de la Cour divisionnaire. Le présent pourvoi soulève trois questions: (1) les art. 100.4 et 100.5 de la *Loi sur les corporations canadiennes* sont-ils *ultra vires* du Parlement?; (2) les art. 113 et 114 de *The Securities Act* sont-ils *ultra vires* de la législature de l'Ontario?; et (3) si ces deux groupes de dispositions sont *intra vires*, les art. 113 et 114 de la loi ontarienne sont-ils suspendus ou rendus inopérants en raison de la doctrine de la prépondérance?

*Arrêt*: Le pourvoi est accueilli. Il y a lieu de répondre non aux trois questions. (Les juges Beetz, Estey et Chouinard qui souscrivent au résultat, mais sont dissidents en partie, auraient répondu «oui» à la question 1, «non» à la question 2 et n'auraient pas répondu à la question 3).

*Le* juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, McIntyre et Lamer: (1) Les articles 100.4 et 100.5 de la *Loi sur les corporations canadiennes* sont *intra vires*. Ils visent à protéger les compagnies et les actionnaires contre les pratiques préjudiciables de la part des dirigeants. Les rapports réguliers entre la compagnie et ses dirigeants sont au coeur du droit corporatif et sont de la compétence du Parlement relative à la paix, l'ordre et le bon gouvernement. L'imposition d'une responsabilité civile prévue au par. 100.4(1) a, avec le droit corporatif, un lien rationnel et fonctionnel et n'empiète pas sur le domaine provincial au point de devenir *ultra vires*.

Les dispositions concernant les opérations des dirigeants touchent à la fois au droit des valeurs mobilières et au droit corporatif. Si, comme c'est le cas en l'espèce, le contraste entre l'importance relative de ces deux aspects n'est pas net, la doctrine du double aspect s'applique de façon à sanctionner les deux ensembles de dispositions législatives.

(2) Les articles 113 et 114 de *The Securities Act* de l'Ontario sont *intra vires*. Les provinces ont le pouvoir, en matière de propriété et de droits civils, de réglementer le commerce des actions des compagnies. Les compagnies à charte fédérale sont assujetties à la réglementation provinciale relative aux valeurs mobilières pourvu que la loi provinciale, comme celle en l'espèce, ne réserve pas aux compagnies à charte fédérale un traitement particulier ni ne porte atteinte à leur statut et à leurs pouvoirs essentiels.

(3) Les articles 113 et 114 de la loi ontarienne ne sont pas rendus inopérants en raison de la doctrine de la prépondérance. Lorsque, comme en l'espèce, une loi

cates federal law without actual conflict or contradiction, paramountcy will not render the provincial legislation inoperative. Paramountcy applies only where there is actual conflict in operation, as where one enactment says "yes", the other "no", or compliance with one is defiance of the other.

*Per* Beetz, Estey and Chouinard JJ., *dissenting in part*: Sections 100.4 and 100.5 of the *Canada Corporations Act* are *ultra vires* the Parliament. These provisions were not dealing with traditional corporate legislation required to fill out the constitutional and functional aspects of a federal incorporation. Their true purpose was to protect the general public from suffering a loss on their investment and corporate securities due to defined improper conduct by a wide range of persons who might be in a position to affect the value of these securities in the hands of the public. These provisions fell within the scope of legislation dealing with "property and civil rights", an exclusive provincial power. As to the second question, the provincial provisions were *intra vires*. These sections did not impair or sterilize a federally incorporated company's ability to conduct its affairs.

[*Percival v. Wright*, [1902] 2 Ch. 421; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Rathie v. Montreal Trust Co.* (1952), 6 W.W.R. (N.S.) 652; *Lukey v. Ruthenian Farmers' Elevator Co.*, [1924] S.C.R. 56; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260; *Reference re constitutional validity of s. 110 of the Dominion Companies Act*, [1934] S.C.R. 653; *Esso Standard (Inter-America) Inc. v. J.W. Enterprises Inc.*, [1963] S.C.R. 144; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Lymburn v. Mayland*, [1932] A.C. 318; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Gregory & Company Inc. v. Quebec Securities Commission*, [1961] S.C.R. 584; *Canadian Indemnity Co. v. Attorney-General of British Columbia*, [1977] 2 S.C.R. 504; *Robinson v. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 753, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario (1978), 86 D.L.R. (3d) 160, 19 O.R. (2d) 516, affirming a judgment of the Divisional Court (1977), 78 D.L.R. (3d) 701, 16

provinciale par ailleurs valide répète simplement une loi fédérale sans conflit ou contradiction véritable, la prépondérance ne rend pas la loi provinciale inopérante. La prépondérance s'applique uniquement lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit «oui» et que l'autre dit «non», ou que l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre.

*Les* juges Beetz, Estey et Chouinard, *dissidents en partie*: Les articles 100.4 et 100.5 de la *Loi sur les corporations canadiennes* sont *ultra vires* du Parlement. Il ne s'agit pas de dispositions traditionnelles relatives aux compagnies, nécessaires pour combler les aspects constitutionnels et fonctionnels de la constitution d'une compagnie en vertu de la loi fédérale. Elles visent véritablement à éviter aux membres du public de subir des pertes quant à leur investissement et aux actions de la compagnie qu'ils possèdent, par suite d'agissements définis comme irréguliers de la part d'une foule de personnes qui peuvent être en mesure de porter atteinte à la valeur des actions que possèdent les membres du public. Ces dispositions visent le domaine législatif qui porte sur «la propriété et les droits civils», un pouvoir exclusif des provinces. Quant à la deuxième question, les dispositions provinciales sont *intra vires*. Ces articles ne réduisent pas ou ne neutralisent pas la capacité d'une compagnie à charte fédérale de gérer ses affaires.

[Jurisprudence: *Percival v. Wright*, [1902] 2 Ch. 421; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Rathie v. Montreal Trust Co.* (1952), 6 W.W.R. (N.S.) 652; *Lukey c. Ruthenian Farmers' Elevator Co.*, [1924] R.C.S. 56; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260; *Reference re constitutional validity of s. 110 of the Dominion Companies Act*, [1934] R.C.S. 653; *Esso Standard (Inter-America) Inc. c. J.W. Enterprises Inc.*, [1963] R.C.S. 144; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Lymburn v. Mayland*, [1932] A.C. 318; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Gregory & Company Inc. c. Quebec Securities Commission*, [1961] R.C.S. 584; *Canadian Indemnity Co. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1977] 2 R.C.S. 504; *Robinson c. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 753.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1978), 86 D.L.R. (3d) 160, 19 O.R. (2d) 516, qui a confirmé un jugement de la Cour divisionnaire (1977), 78 D.L.R. (3d) 701, 16 O.R.

O.R. (2d) 593, which reversed a decision of Henry J. in Weekly Court (1975), 65 D.L.R. (3d) 577, 11 O.R. (2d) 249. Appeal allowed. The three questions should be answered by the negative. Beetz, Estey and Chouinard JJ., concurring in the result, but dissenting in part would have answered question 1 "Yes", question 2 "No" and would have given no answer to question 3.

*John J. Robinette, Q.C.*, for the appellant and the Attorney General for Ontario.

*Bryan Finlay* and *N. W. C. Ross*, for the respondent McCutcheon.

*P. S. A. Lamek, Q.C.*, and *M. J. Penman*, for the respondents Lowry and Craig.

*T. B. Smith, Q.C.*, and *Morris Rosenberg*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Jean-K. Samson* and *Jean-François Jobin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Alan D. Reid*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

*John D. Whyte* and *M. C. Crane*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*William Henkell, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, McIntyre and Lamer JJ. was delivered by

DICKSON J.—This appeal raises the issue of "insider trading" in securities. Insider trading is the purchase or sale of the securities of a company by a person who, by reason of his position in the company, has access to confidential information not known to other shareholders or the general public. He learns, for example, that the company is going to be the object of a take-over bid at a price per share well above the market. He buys shares. Or, to take a more common occurrence of late, he learns that the company is in dire straits. He sells shares. He thus places personal benefit or advantage in conflict with, and superior to, his relationship with, and duty to, other shareholders

(2d) 593, qui avait infirmé une décision du juge Henry de la Cour des sessions hebdomadaires (1975), 65 D.L.R. (3d) 577, 11 O.R. (2d) 249. Pourvoi accueilli. La réponse à chacune des trois questions est «non». Les juges Beetz, Estey et Chouinard qui souscrivent au résultat, mais sont dissidents en partie, auraient répondu «oui» à la question 1, «non» à la question 2 et n'auraient pas répondu à la question 3.

*John J. Robinette, c.r.*, pour l'appelant et le procureur général de l'Ontario.

*Bryan Finlay* et *N. W. C. Ross*, pour l'intimé McCutcheon.

*P. S. A. Lamek, c.r.*, et *M. J. Penman*, pour les intimés Lowry et Craig.

*T. B. Smith, c.r.*, et *Morris Rosenberg*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Jean-K. Samson* et *Jean-François Jobin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Alan D. Reid*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*John D. Whyte* et *M. C. Crane*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*William Henkell, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Martland, Ritchie, Dickson, McIntyre et Lamer rendu par

LE JUGE DICKSON—Le présent pourvoi soulève la question des «opérations des dirigeants» relatives à des valeurs mobilières. On appelle opération des dirigeants l'achat ou la vente des valeurs d'une société par une personne qui, en raison du poste qu'elle occupe dans la société, a accès à des renseignements confidentiels que ne connaissent pas les autres actionnaires ou le grand public. Elle apprend, par exemple, que la société fera l'objet d'une offre visant la prise de contrôle pour un prix par action bien supérieur à sa valeur marchande. Elle achète des actions. Ou, ce qui est plus fréquent de nos jours, apprenant que la société est dans une situation désespérée, elle vend des

and to the company.

The social and economic evil thus exemplified was controlled in part by common law remedies but it has been recognized, since the Second World War that something more was needed. Under the rules of common law and equity, the outsider was almost totally unprotected, largely as a result of the decision in *Percival v. Wright*, [1902] 2 Ch. 421, which declared that ordinarily a director is not in a fiduciary relationship with individual shareholders. Parliament responded by enacting "insider trading" legislation. So did a number of the provinces, of which Ontario has been, without doubt, the coryphaeus.

This appeal raises the issue of the constitutionality of provincially, and federally, enacted "insider trading" legislation, and, more specifically, very similar sections in provincial and federal statutes which deal with the use of confidential information by insiders. At trial and on appeal it was common ground that both the federal and provincial statutes were *intra vires*, the only issue being the application of the doctrine of paramountcy.

Upon appeal to this Court, however, the preliminary and essential question of the validity of each set of statutory provisions was raised. The constitutional questions on appeal were stated by Laskin C.J. to be:

1. Are Sections 100.4 and 100.5 of the *Canada Corporations Act*, R.S.C. 1970, c. C-32, as enacted by R.S.C. 1970, c. 10 (1st Supp.) Section 7, *ultra vires* the Parliament of Canada in whole or in part?

2. Are Sections 113 and 114 of *The Securities Act*, R.S.O. 1970, c. 426, *ultra vires* the Legislature of Ontario in whole or in part?

3. Assuming Sections 100.4 and 100.5 of the *Canada Corporations Act*, R.S.C. 1970, c. C-32, as enacted by R.S.C. 1970, c. 10 (1st Supp.) Section 7, are *intra vires* the Parliament of Canada and assuming Sections 113 and 114 of *The Securities Act*, R.S.O. 1970,

actions. Elle se met ainsi en situation de conflit et fait passer son intérêt et son profit personnels avant son lien avec les autres actionnaires et la société et son obligation envers eux.

Le fléau social et économique ainsi illustré était contrôlé en partie par les recours de *common law*, mais, depuis la Seconde Guerre mondiale, on a reconnu que des mesures plus sévères s'imposaient. En vertu des règles de la *common law* et de l'*equity*, l'étranger était presque entièrement sans protection, en grande partie à cause de l'arrêt *Percival v. Wright*, [1902] 2 Ch. 421, qui déclare que normalement l'administrateur n'a pas de lien fiduciaire avec chaque actionnaire particulier. Le Parlement a répliqué en adoptant une loi concernant les «opérations des dirigeants». C'est aussi ce qu'ont fait un certain nombre de provinces dont l'Ontario est sans doute le chef de file.

Le présent pourvoi soulève la question de la constitutionnalité des textes législatifs adoptés par les provinces et le Parlement fédéral concernant les «opérations des dirigeants» et, plus particulièrement, celle des articles très semblables dans les lois provinciale et fédérale qui traitent de l'utilisation des renseignements confidentiels par les dirigeants. En première instance et en appel, on a admis la constitutionnalité des lois fédérale et provinciale, la seule question en litige portant sur l'application de la doctrine de la prépondérance.

Dans le pourvoi à cette Cour toutefois, on a soulevé la question préliminaire et fondamentale de la validité de chaque ensemble de dispositions législatives. Le juge en chef Laskin a énoncé comme suit les questions constitutionnelles aux fins du pourvoi:

1. Les articles 100.4 et 100.5 de la *Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, chap. C-32, édictés par l'article 7 des S.R.C. 1970 (1er Supp.), chap. 10, sont-ils, en totalité ou en partie, *ultra vires* du Parlement du Canada?

2. Les articles 113 et 114 de *The Securities Act*, R.S.O. 1970, chap. 426, sont-ils, en totalité ou en partie, *ultra vires* de la législature de l'Ontario?

3. A supposer que les articles 100.4 et 100.5 de la *Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, chap. C-32, édictés par l'article 7 des S.R.C. 1970 (1er Supp.), chap. 10, sont *intra vires* du Parlement du Canada et que les articles 113 et 114 de *The Securi-*

c. 426, are *intra vires* the Legislature of Ontario, are Sections 113 and 114 of *The Securities Act*, R.S.O. 1970, c. 426, suspended and rendered inoperative in respect of corporations incorporated under the laws of Canada?

Sections 100.4 and 100.5 of the *Canada Corporations Act, supra*, read as follows:

**100.4** (1) Every insider of a company, every person employed or retained by the company, the auditor of the company and every associate of the insider and affiliate of the insider within the meaning of subsection 125(3) who, in connection with a transaction relating to the securities of the company, makes use of any specific confidential information for his own benefit or advantage that, if generally known, might reasonably be expected to affect materially the value of the securities of the company, is liable to compensate any person for any direct loss suffered by that person as a result of the transaction, unless the information was known or ought reasonably to have been known to that person at the time of such transaction, and is also accountable to the company for any direct benefit or advantage received or receivable by such insider, employed or retained person, auditor, associate or affiliate, as the case may be, as a result of the transaction.

(2) An action to enforce any right created by subsection (1) may be commenced only within two years after the date of completion of the transaction that gave rise to the cause of action, or if the transaction was required to be reported under section 100.1, then within two years from the time of reporting in compliance with that section.

(3) For the purposes of this section, every director or officer of any other company that becomes an insider of a company shall be deemed to have been an insider of that latter company for the previous six months or for such shorter period as he was a director or officer of that other company.

**100.5** (1) Upon application by any person who was at the time of a transaction referred to in subsection 100.4(1) or is at the time of the application an owner of the securities of the company, or on the application of the Minister, the chief justice or acting chief justice of the court of the province in which the head office of the company is situated, or a judge of such court designated by either of them, may, if satisfied that

*ties Act*, R.S.O. 1970, chap. 426, sont *intra vires* de la législature de l'Ontario, l'application des articles 113 et 114 de *The Securities Act*, R.S.O. 1970, chap. 426, est-elle suspendue et ces articles sont-ils rendus inopérants à l'égard des compagnies constituées en vertu des lois du Canada?

Les articles 100.4 et 100.5 de la *Loi sur les corporations canadiennes*, précitée, se lisent comme suit:

**100.4** (1) Tout dirigeant d'une compagnie, toute personne employée ou engagée par la compagnie, le vérificateur de la compagnie, tout associé du dirigeant et tout affilié du dirigeant au sens où l'entend le paragraphe 125(3) qui, à propos d'une opération relative aux valeurs de la compagnie, utilise à son propre profit ou avantage quelque renseignement confidentiel précis qui, s'il était généralement connu, pourrait vraisemblablement affecter d'une manière appréciable la cote des valeurs de la compagnie, est tenu d'indemniser toute personne de toute perte directe subie par cette personne du fait de l'opération à moins que le renseignement n'ait été connu ou n'eût raisonnablement dû être connu de cette personne au moment de cette opération, et doit également rendre compte à la compagnie de tout profit ou avantage directs obtenus ou à obtenir par ce dirigeant, cette personne employée ou engagée, ce vérificateur, cet associé ou cet affilié, selon le cas, du fait de l'opération.

(2) Une action visant à faire valoir un droit créé par le paragraphe (1) ne peut être intentée que dans les deux ans qui suivent la date à laquelle s'est terminée l'opération qui a donné naissance à la cause d'action ou, si un rapport portant sur l'opération était exigé par l'article 100.1, dans les deux ans à compter de la date où le rapport a été fait conformément à cet article.

(3) Aux fins du présent article, tout administrateur ou fonctionnaire de toute autre compagnie qui devient un dirigeant d'une compagnie est censé avoir été un dirigeant de cette dernière compagnie pendant les six mois précédents, ou pendant la période où il a été administrateur ou fonctionnaire de cette autre compagnie si elle est de moins de six mois.

**100.5** (1) A la demande de toute personne qui était, au moment de l'opération mentionnée au paragraphe 100.4(1), ou qui est, au moment de la demande, propriétaire des valeurs de la compagnie, ou à la demande du Ministre, le juge en chef ou le juge en chef suppléant de la cour de la province où est situé le siège social de la compagnie ou un juge de cette cour désigné par l'un ou l'autre d'entre eux peut, s'il est convaincu

(*a*) such person has reasonable grounds for believing that the company has a cause of action under section 100.4, and

(*b*) either,

(i) the company has refused or failed to commence an action under section 100.4 within sixty days after receipt of a written request from such person so to do, or

(ii) the company has failed to prosecute deligently an action commenced by it under section 100.4,

make an order, upon such terms as to the judge seem fit, directing that an action be commenced or continued by the Director of the Corporations Branch in the name of and on behalf of the company to enforce the liability created by section 100.4.

(2) The company and the Director of the Corporations Branch shall be given ten days notice of the hearing of any application under subsection (1) and each has a right to appear and be heard thereon.

(3) Every order made under subsection (1) shall provide that the company shall cooperate fully in the institution and prosecution of the action and shall make available to the Director of the Corporations Branch all books, records, documents and other material or information relevant to such action and known to the company or reasonably ascertainable by the company.

(4) An appeal from an order made under subsection (1) lies to the appellate court of the province in which the head office of the company is situated.

Sections 113 and 114 of *The Securities Act, supra*, of Ontario read as follows:

**113.**—(1) Every insider of a corporation or associate or affiliate of such insider, who, in connection with a transaction relating to the capital securities of the corporation, makes use of any specific confidential information for his own benefit or advantage that, if generally known, might reasonably be expected to affect materially the value of such securities, is liable to compensate any person or company for any direct loss suffered by such person or company as a result of such transaction, unless such information was known or ought reasonably to have been known to such person or company at the time of such transaction, and is also accountable to the corporation for any direct benefit or advantage received or receivable by such insider, associate or affiliate, as the case may be, as a result of such transaction.

*a*) que cette personne a des raisons de croire que la compagnie est fondée à intenter une action en vertu de l'article 100.4, et

*b*) que la compagnie a

(i) soit refusé ou omis d'intenter une action en vertu de l'article 100.4 dans les soixante jours qui ont suivi la réception d'une demande écrite de cette personne à cette fin,

(ii) soit omis de continuer avec diligence une action intentée par elle en vertu de l'article 100.4,

rendre, selon les modalités que le juge estime opportunes, une ordonnance portant qu'une action soit intentée ou continuée par le Directeur de la Direction des Corporations, au nom et pour le compte de la compagnie, en vue de faire exécuter l'obligation créée par l'article 100.4.

(2) Il doit être donné à la compagnie et au Directeur de la Direction des Corporations, dix jours à l'avance, avis de l'audition de toute demande en vertu du paragraphe (1) et chacun d'eux a le droit de comparaître et d'être entendu à ce sujet.

(3) Toute ordonnance rendue en vertu du paragraphe (1) doit prévoir que la compagnie doit collaborer entièrement aux fins d'intenter et continuer cette action et doit mettre à la disposition du Directeur de la Direction des Corporations tous les livres, registres, documents et autres pièces ou renseignements pertinents à cette action et qui sont connus de la compagnie ou qu'elle peut raisonnablement vérifier.

(4) Il peut être interjeté appel d'une ordonnance rendue en vertu du paragraphe (1) devant la cour d'appel de la province où est situé le siège social de la compagnie.

Les articles 113 et 114 de *The Securities Act*, précitée, de l'Ontario se lisent comme suit:

[TRADUCTION] **113.**—(1) Tout dirigeant d'une société ou tout associé ou affilié du dirigeant qui, à propos d'une opération relative aux valeurs de la société, utilise à son propre profit ou avantage quelque renseignement confidentiel précis qui, s'il était généralement connu, pourrait vraisemblablement affecter d'une manière appréciable la cote de ces valeurs, est tenu d'indemniser toute personne ou société de toute perte directe subie par cette personne ou cette société du fait de cette opération à moins que le renseignement n'ait été connu ou n'eût raisonnablement dû être connu de cette personne ou de cette société au moment de cette opération, et doit également rendre compte à la société de tout profit ou avantage directs obtenus ou à obtenir par ce dirigeant, cet associé ou cet affilié, selon le cas, du fait de l'opération.

(2) An action to enforce any right created by subsection 1 may be commenced only within two years after the date of completion of the transaction that gave rise to the cause of action.

**114.**—(1) Upon application by any person or company that was at the time of a transaction referred to in subsection 1 of section 113 or is at the time of the application an owner of capital securities of the corporation, a judge of the High Court designated by the Chief Justice of the High Court may, if satisfied that,

(*a*) such person or company has reasonable grounds for believing that the corporation has a cause of action under section 113; and

(*b*) either,

(i) the corporation has refused or failed to commence an action under section 113 within sixty days after receipt of a written request from such person or company so to do; or

(ii) the corporation has failed to prosecute diligently an action commenced by it under section 113,

make an order, upon such terms as to security for costs and otherwise as to the judge seems fit, requiring the Commission to commence or continue an action in the name of and on behalf of the corporation to enforce the liability created by section 113.

(2) The corporation and the Commission shall be given notice of any application under subsection 1 and has the right to appear and be heard thereon.

(3) Every order made under subsection 1 shall provide that the corporation shall co-operate fully with the Commission in the institution and prosecution of such action and shall make available to the Commission all books, records, documents and other material or information known to the corporation or reasonably ascertainable by the corporation relevant to such action.

(4) An appeal lies to the Court of Appeal from an order made under subsection 1.

As Professor Hogg has pointed out in his work *Constitutional Law of Canada* (1977), at p. 102, the doctrine of paramountcy applies where there is a federal law and a provincial law which are (1) each valid and (2) inconsistent, adding that "the issue does not arise unless each law has first been held to be valid as an independent enactment. In determining the validity of each law, the existence

(2) Une action visant à faire valoir un droit créé par le paragraphe 1 ne peut être intentée que dans les deux ans qui suivent la date à laquelle s'est terminée l'opération qui a donné naissance à la cause d'action.

**114.**—(1) A la demande de toute personne ou société qui était, au moment de l'opération mentionnée au paragraphe 1 de l'article 113, ou qui est, au moment de la demande, propriétaire de valeurs de la société, un juge de la Haute Cour désigné par le juge en chef de la Haute Cour peut, s'il est convaincu

*a*) que cette personne ou cette société a des raisons de croire que la société est fondée à intenter une action en vertu de l'article 113; et

*b*) que la société a

(i) soit refusé ou omis d'intenter une action en vertu de l'article 113 dans les soixante jours qui ont suivi la réception d'une demande écrite de cette personne ou de cette société à cette fin;

(ii) soit omis de continuer avec diligence une action intentée par elle en vertu de l'article 113,

rendre, selon les modalités de cautionnement pour frais et autres que le juge estime opportunes, une ordonnance enjoignant à la Commission d'intenter une action ou de la continuer au nom et pour le compte de la société, en vue de faire exécuter l'obligation créée par l'article 113.

(2) Il doit être donné avis à la société et à la Commission de toute demande faite en vertu du paragraphe 1 et celles-ci ont le droit de comparaître et d'être entendues à ce sujet.

(3) Toute ordonnance rendue en vertu du paragraphe 1 doit prévoir que la société doit collaborer entièrement avec la Commission aux fins d'intenter et de continuer cette action et doit mettre à la disposition de la Commission tous les livres, registres, documents et autres pièces ou renseignements pertinents à cette action qui sont connus de la société ou qu'elle peut raisonnablement vérifier.

(4) Il peut être interjeté appel à la Cour d'appel d'une ordonnance rendue en vertu du paragraphe 1.

Comme le professeur Hogg le souligne dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada* (1977), à la p. 102, la doctrine de la prépondérance s'applique lorsqu'il y a une loi fédérale et une loi provinciale qui sont (1) toutes deux valides et (2) incompatibles, et il ajoute que [TRADUCTION] «la question ne se pose que si chaque loi a d'abord été déclarée valide en tant que texte de loi indépen-

and terms of the other law are irrelevant".

I

The facts are of little importance. Multiple Access Limited (the Company) is a public company incorporated under the laws of Canada having its head office in Metropolitan Toronto and capital stock listed for trading by the public on the Toronto Stock Exchange. The defendant McCutcheon was President and Director, Lowrie a director and the other defendants senior managing officers of the Company. By an order of Addy J., on a motion made by two shareholders of the Company pursuant to s. 114(1) of *The Securities Act*, R.S.O. 1970, c. 426, it was ordered that the Ontario Securities Commission commence action, in the name of and on behalf of the Company, to enforce the liability created by the alleged "insider trading" of the defendants.

It is alleged that (i) it was known to the defendants but not the public that the Company made a formal written offer to purchase certain radio and television assets of Canadian Marconi Limited for a purchase price of $18 million dollars, (ii) the offer was accepted, (iii) the defendants made use of such confidential knowledge to their own advantage by purchasing securities in the capital stock of the Company at $1.76, and the stock rose to $7 and later to $10. The cause of action is based on the allegation that the defendants were 'insiders' of the Company as that term is defined in *The Securities Act* of Ontario, s. 109(1)(*c*) and, as such, were liable to the Company for losses suffered as a result of the use of confidential information in connection with transactions relating to the capital securities of the Company in accordance with ss. 113 and 114 of *The Securities Act*.

The defendants, in their statement of defence, maintained that ss. 113 and 114 of *The Securities Act* of Ontario were duplications of ss. 100.4 and 100.5 of the *Canada Corporations Act* and therefore, with respect to the plaintiff, ss. 113 and 114 are suspended and inoperative due to the doctrine

dant. Quand il s'agit d'établir la validité de chaque loi, l'existence de l'autre loi et sa formulation n'ont aucune importance».

I

Les faits en l'espèce sont peu importants. Multiple Access Limited (la compagnie) est une compagnie publique constituée en vertu des lois du Canada; son siège social est situé dans le Toronto métropolitain et ses actions sont offertes au public par inscription à la Bourse de Toronto. Le défendeur McCutcheon était président et administrateur de la compagnie, Lowrie était un administrateur et les autres défendeurs étaient des cadres supérieurs de la compagnie. Par suite d'une requête présentée par deux actionnaires de la compagnie conformément au par. 114(1) de *The Securities Act*, R.S.O. 1970, chap. 426, le juge Addy a ordonné à la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario d'intenter une action, au nom et pour le compte de la compagnie, en vue de faire exécuter l'obligation découlant des prétendues «opérations des dirigeants» des défendeurs.

On fait valoir que (i) les défendeurs savaient, mais non le public, que la compagnie avait fait par écrit une offre formelle en vue d'acheter certains avoirs de radio et de télévision de Canadian Marconi Limited au prix de 18 millions de dollars, (ii) l'offre a été acceptée, (iii) les défendeurs ont utilisé à leur propre avantage ces renseignements confidentiels en achetant des actions du capital-actions de la compagnie à $1.76 l'unité, et le prix des actions a augmenté à $7 puis à $10. L'action est fondée sur l'assertion que les défendeurs étaient des «dirigeants» de la compagnie au sens que donne à ce mot l'al. 109(1)*c*) de *The Securities Act* de l'Ontario et qu'à ce titre, ils étaient responsables envers la compagnie des pertes subies en raison de l'utilisation de renseignements confidentiels relativement à des opérations touchant le capital-actions de la compagnie, conformément aux art. 113 et 114 de *The Securities Act*.

Dans l'exposé de leurs moyens de défense, les défendeurs ont soutenu que les art. 113 et 114 de *The Securities Act* de l'Ontario reproduisent les art. 100.4 et 100.5 de la *Loi sur les corporations canadiennes* et que, par conséquent, en ce qui concerne la demanderesse, l'application des art.

of paramountcy, and also *ultra vires* the Legislature of Ontario with respect to the plaintiff, a federally incorporated Company. The defendants moved to set down these points of law for hearing prior to trial. At the commencement of the hearing on the motion counsel for the defendants abandoned the application in respect of the claim that ss. 113 and 114 were *ultra vires* the Legislature of the Province of Ontario. The Chambers judge ordered that the issue, that of paramountcy, be determined prior to trial. The motion came before Mr. Justice Henry in Weekly Court. Justice Henry held that ss. 113 and 114 of *The Securities Act* of Ontario were not suspended and inoperative due to the doctrine of paramountcy. Argument proceeded on the basis that the federal legislation was *intra vires* the Parliament of Canada. The constitutional right of Canada to enact ss. 100.4 and 100.5, in respect of federally incorporated companies, had not been raised in the pleadings and was not advanced during argument before Mr. Justice Henry. He stated that when a provincial and federal statute have both occupied a field the test that gives rise to the doctrine of paramountcy is whether the two statutes can "live together and operate concurrently". The doctrine of paramountcy does not necessarily arise because an individual is subject to prohibition and penalty under both statutes at the same time. Unless the duplication of statutory schemes in addition gives rise to incompatibility then the federal statute does not suspend the operation of the provincial statute. In the case at bar there was no incompatibility in the statutory schemes. Trading in securities is an essential subject of comprehensive provincial legislation. No doubt there will be instances where the national and provincial schemes overlap. Where this occurs the preservation of the integrity of the provincial scheme should be of prime importance, in the absence of a contrary expression by Parliament, in harmony with the general rule that a law should not be held invalid or inoperative unless that result is unavoidable.

113 et 114 est suspendue et ces articles sont sans effet en raison de la doctrine de la prépondérance; ils prétendent aussi que ces articles sont *ultra vires* de la législature de l'Ontario quant à la demanderesse, une compagnie constituée en vertu de la loi fédérale. Les défendeurs ont demandé que l'on statue sur ces points de droit lors d'une audition préalable au procès. Au début de l'audition de la requête, l'avocat des défendeurs s'est désisté de sa demande relativement à la prétention que les art. 113 et 114 sont *ultra vires* de la législature de l'Ontario. Le juge en chambre a ordonné que la question de la prépondérance soit décidée préalablement au procès. Le juge Henry de la Cour des sessions hebdomadaires a entendu la requête. Il a conclu que l'application des art. 113 et 114 de *The Securities Act* n'était pas suspendue et qu'ils n'étaient pas sans effet en raison de la doctrine de la prépondérance. Les plaidoyers ont été présentés en tenant pour acquis que la loi fédérale était *intra vires* du Parlement du Canada. Les exposés écrits et les plaidoyers présentés au juge Henry n'ont pas mis en doute le pouvoir constitutionnel du Canada d'adopter les art. 100.4 et 100.5 à l'égard des compagnies constituées en vertu de la loi fédérale. Le juge Henry a affirmé que lorsqu'une loi provinciale et une loi fédérale portent toutes deux sur un même domaine, le critère quant à l'application de la doctrine de la prépondérance est de savoir si les deux lois peuvent [TRADUCTION] «coexister et s'appliquer concurremment». La doctrine de la prépondérance ne résulte pas nécessairement du fait qu'une personne est assujettie à une interdiction et à une peine en vertu des deux lois en même temps. A moins que la répétition de textes législatifs engendre en plus une incompatibilité, la loi fédérale ne suspend pas l'application de la loi provinciale. En l'espèce, il n'y a pas d'incompatibilité dans les textes législatifs. Le commerce des valeurs mobilières est le sujet essentiel d'une loi provinciale globale. Il est évident qu'il se présente des cas où il y a chevauchement des lois fédérale et provinciale. Lorsque cela se produit, la préservation de l'intégrité de la loi provinciale doit être de première importance, en l'absence d'une disposition contraire du Parlement, conformément à la règle générale portant qu'une loi ne doit pas être déclarée invalide ou inopérante à moins que ce résultat ne soit inévitable.

The Divisional Court reversed. Mr. Justice Morden, speaking for the Court, held that the constitutional doctrine of paramountcy operates so as to invalidate provincial legislation where it duplicates valid federal legislation in such a way that the two provisions cannot live together and operate concurrently. Where the federal and provincial provisions are virtually identical, are directed to achieving the same policy and creating the same rights and obligations, the duplication attracts the doctrine of paramountcy. The insider trading provisions of the federal and provincial legislation are directed to the same direct loss or direct benefit or advantage and create the same correlative rights and liabilities. In those circumstances it is impossible for both enactments to operate concurrently because the loss, benefit or advantage incurred or gained can only be recovered once. The case is thus distinguishable from cases in which the federal legislation leaves scope for provincial legislation to operate so that it forms a supplement to the federal (*e.g.* the preference provisions of the *Bankruptcy Act* and provincial fraudulent preference statutes.) Accordingly, the doctrine of paramountcy applies to render the legislation inoperative. Robins J., dissenting, adopted the reasoning of Henry J. in the Supreme Court of Ontario.

The Ontario Court of Appeal in a short oral judgment dismissed a further appeal to that Court, for the reasons given by Morden J. in the Divisional Court.

Leave to intervene in this appeal was granted to the Attorney General of Canada and to the Attorneys General of Ontario, Quebec, New Brunswick, Saskatchewan, and Alberta.

II

I should like to turn now to the first constitutional question namely, are ss. 100.4 and 100.5 of the *Canada Corporations Act ultra vires* the Parliament of Canada in whole or in part? As I have

La Cour divisionnaire a infirmé cette décision. Au nom de la Cour, le juge Morden a conclu que la doctrine constitutionnelle de la prépondérance a pour effet d'invalider une loi provinciale qui reproduit une loi fédérale valide à un point tel que les deux textes ne peuvent coexister et s'appliquer concurremment. Lorsque les lois fédérale et provinciale sont pratiquement identiques, qu'elles visent à réaliser le même objet et à créer les mêmes droits et obligations, la répétition emporte l'application de la doctrine de la prépondérance. Les dispositions des lois fédérale et provinciale relatives aux opérations des dirigeants visent la même perte directe ou le même profit ou avantage directs et créent les mêmes droits et obligations corrélatifs. Dans ces circonstances, l'application concurrente des deux lois est impossible parce que la perte subie, le profit ou l'avantage obtenus ne peuvent être recouvrés qu'une seule fois. Le présent cas se distingue ainsi des cas où la loi fédérale laisse à la loi provinciale un champ d'application de sorte que celle-ci constitue un complément à la loi fédérale (par exemple, les dispositions de la *Loi sur la faillite* relatives aux paiements préférentiels et les lois provinciales relatives aux paiements préférentiels frauduleux). Par conséquent, la doctrine de la prépondérance a pour effet de rendre la loi inopérante. Le juge Robins, dissident, a adopté le raisonnement du juge Henry de la Cour suprême de l'Ontario.

Dans un court jugement oral, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté un appel ultérieur pour les motifs donnés par le juge Morden de la Cour divisionnaire.

La permission d'intervenir dans le présent pourvoi a été accordée au procureur général du Canada et aux procureurs généraux de l'Ontario, du Québec, du Nouveau-Brunswick, de la Saskatchewan et de l'Alberta.

II

Je veux maintenant examiner la première question constitutionnelle, savoir si les art. 100.4 et 100.5 de la *Loi sur les corporations canadiennes* sont, en totalité ou en partie, *ultra vires* du Parle-

indicated, in the courts below the case was argued on the assumption that the relevant sections of the *Canada Corporations Act* are *intra vires*. The parties at trial did not contest the validity of either enactment. "It is common ground that [. . .] it was competent to Parliament and the Legislature to enact respectively these provisions so that each is *intra vires*" *per* Henry J. The question is now raised for the first time. It is to be regretted that we do not have the advantage of judgments on the point from the three courts of Ontario before whom these proceedings have already come. Counsel for Canada urges that, for that reason, the first question be left unanswered (*Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754 and *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494, Laskin C.J., at pp. 510-11). I do not incline to this view. I think we must answer, as best we can, the question which has been stated.

ment du Canada. Comme je l'ai indiqué, dans les cours d'instance inférieure, le litige a été plaidé en tenant pour acquis que les articles pertinents de la *Loi sur les corporations canadiennes* sont *intra vires*. Les parties en première instance n'ont pas attaqué la validité de l'un ou l'autre des textes de loi. Le juge Henry a fait remarquer ce qui suit: [TRADUCTION] «Il est admis que [. . .] le Parlement et la législature ont le pouvoir d'adopter respectivement ces dispositions de sorte qu'elles sont toutes *intra vires*». La question est donc soulevée pour la première fois. Il est regrettable que nous ne puissions pas bénéficier sur ce point des décisions des trois cours de l'Ontario qui ont déjà entendu cette affaire. Le substitut du procureur général du Canada fait valoir que, pour cette raison, la première question doit rester sans réponse (*Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754 et *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494, motifs du juge en chef Laskin aux pp. 510 et 511). Je ne suis pas de cet avis. J'estime que nous devons répondre, de la meilleure façon possible, à la question posée.

Before directly addressing the question posed, two prefatory observations. First, in the legislative scheme of things we find ss. 100.4 and 100.5 in a corporations act dealing with company law matters. Part I of the Act, entitled "Companies with Share Capital", comprises some 150 sections and 120 pages of text. Part II is entitled "Corporations without Share Capital", Part III, "Special Act Corporations", Part IV, "Companies Clauses", Part V, "Incidental Powers of Corporate Bodies Created otherwise than by Letters Patent", Part VI, "Provisions of General Application".

Voici deux observations préliminaires, avant d'attaquer directement la question posée. D'abord, sur le plan législatif, on trouve les art. 100.4 et 100.5 dans une loi sur les corporations qui traite de questions relatives au droit corporatif. La partie I de la Loi, intitulée «Compagnies par actions», comprend 150 articles et 120 pages de texte. La partie II s'intitule «Corporations sans capital-actions», la partie III, «Compagnies constituées en corporations par loi spéciale», la partie IV, «Clauses des compagnies», la partie V, «Pouvoirs afférents aux corps constitués, créés autrement que par lettres patentes» et la partie VI, «Dispositions d'application générale».

The sections with which we are here concerned, ss. 100.4 and 100.5 are found in Part I of the Act. Among the headings one finds in Part I are "*Formation of New Companies*", "*General Powers and Duties of Companies*", "*Transfer of Shares*", "*Calls*", "*Liability of Shareholders*", "*Prospectuses and Offers to the Public*", "*Directors*".

Les articles 100.4 et 100.5 qui nous intéressent en l'espèce se trouvent dans la partie I de la Loi. Parmi les rubriques qu'on trouve à la partie I, citons «*Formation de nouvelles compagnies*», «*Pouvoirs et devoirs généraux des compagnies*», «*Transfert d'actions*», «*Appels de versement*», «*Responsabilité des actionnaires*», «*Prospectus et*

Under this last heading are detailed provisions respecting the directors of a company, their numbers, qualifications, election, responsibilities, action to be taken where serious impairment of capital is discovered, duty of a director who is in any way interested in a contract or proposed contract with the company. Section 98(5) relieves a director who has made a declaration of his interest in such a contract and has not voted in respect of the contract, from being accountable to the company or any of its shareholders or creditors by reason only of such director holding that office or of the fiduciary relationship thereby established, for any profit realized by such contract. Section 100(1) provides that where a director or officer or controlling shareholder purchases or sells any of the shares of the company, such director, officer or shareholder must furnish to the secretary of the company a statement setting forth the details of such purchase or sale. Such statement is immediately available for inspection by shareholders and is disclosed to the annual meeting following. Then come the impugned ss. 100.4 and 100.5.

*offres au public*», «*Administrateurs*». Sous cette dernière rubrique, on trouve des dispositions détaillées concernant les administrateurs d'une compagnie, leur nombre, les qualités requises des administrateurs, leur élection, leurs responsabilités, les mesures à prendre lors de la découverte d'une atteinte grave portée au capital et le devoir d'un administrateur qui est, de quelque manière que ce soit, intéressé dans un contrat ou dans un projet de contrat avec la compagnie. Le paragraphe 98(5) prévoit qu'un administrateur, qui a fait une déclaration de ses intérêts dans un tel contrat et qui n'a pas voté à l'égard de ce contrat, n'est pas comptable envers la compagnie ni envers l'un quelconque de ses actionnaires ou de ses créanciers pour le seul motif que cet administrateur occupe cette fonction ou par le seul fait du lien fiduciaire établi de ce chef pour tout profit réalisé par ce contrat. Le paragraphe 100(1) dispose que lorsqu'un administrateur, un fonctionnaire de la compagnie ou un actionnaire en ayant le contrôle achète ou vend des actions de la compagnie, ledit administrateur, fonctionnaire ou actionnaire doit fournir au secrétaire de la compagnie un état indiquant les détails de l'achat ou de la vente. Les actionnaires peuvent immédiatement consulter cet état qui est révélé à l'assemblée annuelle subséquente. Suivent ensuite les art. 100.4 et 100.5 qui sont contestés.

Parliament has not yet enacted any comprehensive scheme of securities legislation. To date the Canadian experience has been that the provinces have taken control of the marketing of securities, differing in this respect from the United States where the Securities and Exchange Commission has regulated trading and primary distribution of securities. I should not wish by anything said in this case to affect prejudicially the constitutional right of Parliament to enact a general scheme of securities legislation pursuant to its power to make laws in relation to interprovincial and export trade and commerce. This is of particular significance considering the interprovincial and indeed international character of the securities industry. The federal government, it may be noted, has already produced *Proposals for a Securities Market Law for Canada* (1979). Professor Anisman, writing in

Le Parlement n'a pas encore adopté un système complet de législation concernant les valeurs mobilières. Jusqu'à ce jour au Canada, ce sont les provinces qui réglementent le marché des valeurs mobilières, différant à cet égard des Etats-Unis où la Securities and Exchange Commission réglemente le commerce et la distribution primaire des valeurs mobilières. Je ne veux pas, par mes propos en l'espèce, préjudicier au pouvoir constitutionnel du Parlement d'adopter une législation générale concernant les valeurs mobilières conformément à son pouvoir de faire des lois relatives aux échanges et au commerce interprovinciaux et internationaux. Cela revêt une importance particulière compte tenu du caractère interprovincial et, à vrai dire, international du secteur des valeurs mobilières. On peut souligner que le gouvernement fédéral a déjà publié un *Avant-projet d'une loi cana-*

1981 in respect of those proposals expressed the view that:

> ... the factors that indicated a need for federal regulatory involvement in the securities market in 1979 are still present and, if anything, have been reinforced by events during the past two years. The *Proposals* are premised ultimately on the national and international character of the Canadian securities market and its importance to the economic welfare of the country. The fact that the market is national in scope has long been acknowledged and is demonstrated by the cooperative efforts of the provincial commissions with respect to the adoption of national policies and by the statutory authorization for and increasing frequency of joint hearings held by a number of provincial commissions to decide issues that transcend provincial boundaries.

("The Proposals for a Securities Market Law for Canada: Purpose and Process", (1981) 19 Osgoode Hall L.J. 329 at p. 352, footnotes omitted).

Until recent statutory changes, which need not here concern us, insider trading provisions were found in *The Business Corporations Act* of Ontario, as affecting Ontario companies, and a like set of provisions were found in *The Securities Act*, as affecting, broadly speaking, non-Ontario companies, including those incorporated federally, that (i) have issued equity shares that are distributed in the course of a primary distribution to the public, in respect of which a prospectus is filed with the Ontario Securities Commission or (ii) any of whose shares are listed and posted for trading on any stock exchange in Ontario recognized by the Commission.

It is not without significance that Ontario thought it appropriate to place insider trading provisions, affecting Ontario companies, in *The Business Corporations Act* of that Province. It would seem axiomatic that if the province can validly enact insider trading legislation under s. 92(11) (the incorporation of companies with provincial objects) then the federal Parliament can validly enact insider trading legislation under the residual clause authorizing the incorporation of

*dienne sur le marché des valeurs mobilières* (1979). Le professeur Anisman, dans un article paru en 1981, a exprimé l'avis suivant au sujet de ces propositions:

> [TRADUCTION] ... les facteurs qui ont révélé la nécessité d'une réglementation fédérale du marché des valeurs mobilières en 1979 existent encore, et ils ont même été renforcés par les événements des deux dernières années. L'*Avant-projet* se fonde en fin de compte sur le caractère national et international du marché des valeurs mobilières au Canada et sur son importance pour le bien-être économique du pays. On reconnaît depuis longtemps que le marché a une porté nationale, ce que démontrent les efforts collectifs des commissions provinciales relativement à l'adoption de politiques nationales ainsi que la fréquence croissante d'audiences conjointes, autorisées par la loi, que tiennent un certain nombre de commissions provinciales pour régler des questions qui dépassent les frontières provinciales.

(«The Proposals for a Securities Market Law for Canada: Purpose and Process», (1981) 19 Osgoode Hall L.J. 329, à la p. 352, notes de renvoi omises).

Jusqu'à l'apport de modifications législatives récentes, qui ne nous intéressent pas en l'espèce, on trouvait des dispositions relatives aux opérations des dirigeants dans *The Business Corporations Act* de l'Ontario, applicables aux sociétés ontariennes, et une série semblable de dispositions dans *The Securities Act*, applicables de façon générale aux sociétés constituées ailleurs qu'en Ontario, y compris celles constituées en vertu de la loi fédérale, (i) qui ont émis des actions dans le cadre d'une distribution primaire au public, à l'égard desquelles un prospectus est déposé à la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario ou (ii) dont les actions sont cotées, en Ontario, à une bourse reconnue par la Commission.

Le fait que le législateur ontarien ait jugé souhaitable d'insérer dans *The Business Corporations Act* de cette province des dispositions relatives aux opérations des dirigeants, applicables aux sociétés ontariennes, est significatif. Il semble évident que si la province peut valablement adopter une loi concernant les opérations des dirigeants en vertu du par. 92(11) (la constitution en corporation de compagnies pour des objects provinciaux), alors le Parlement fédéral peut valablement adopter une

companies with other than provincial objects (*Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96, at p. 117: "it follows that the incorporation of companies for objects other than provincial falls within the general powers of the parliament of Canada" *per* Montague Smith L.J.). In one of its aspects, insider trading legislation, dealing as it does with fundamental corporate relationships, may certainly be characterized as company law. Some commentators such as Williamson go so far as to say that:

> The insider reporting requirements seem, in the light of the history of Canadian corporation and securities law, more properly part of a companies act than of a securities act.

(*Supplement to Securities Regulation in Canada*, at p. 358).

And Professor Ziegel has written (*Studies in Canadian Company Law* (1967), vol. 1, at p. 170):

> Prima facie the regulation of proxies and insider trading belong exclusively to the domain of company law because they affect the relationship between the directors of a company and its shareholders and the solicitation of voting powers at meetings of the company.

The second introductory observation: there may be a temptation to regard the insider trading provisions of the *Canada Corporations Act* as redundant having regard to the almost identical provisions found in the Ontario legislation applicable to federal companies as well as Ontario companies. Any such temptation should be resisted. The validity of the federal legislation must be determined without heed to the Ontario legislation. Further, a number of the provinces have not yet enacted insider trading legislation. Striking down the federal legislation would leave federal companies, having head offices in those provinces, and their shareholders, without the double protection, which Ontario shareholders now enjoy. A declaration of invalidity of the federal act would create a poten-

loi relative aux opérations des dirigeants en vertu de la clause résiduelle qui autorise la constitution de compagnies pour des objets autres que provinciaux (*Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96, à la p. 117: [TRADUCTION] «il s'ensuit que la constitution en corporation de compagnies pour des objets autres que provinciaux fait partie des pouvoirs généraux du Parlement canadien», motifs du lord juge Montague Smith). A un égard, la législation concernant les opérations des dirigeants, qui porte sur les rapports essentiels dans une compagnie, peut certainement être qualifiée de droit corporatif. Certains glossateurs, comme Williamson, vont jusqu'à dire ce qui suit:

> [TRADUCTION] Etant donné l'histoire du droit des compagnies et des valeurs mobilières au Canada, l'obligation de rendre compte imposée aux dirigeants semble relever davantage d'une loi relative aux compagnies que d'une loi sur les valeurs mobilières.

(*Supplement to Securities Regulation in Canada*, à la p. 358.)

Et le professeur Ziegel a écrit (*Studies in Canadian Company Law* (1967), vol. 1, à la p. 170):

> [TRADUCTION] A première vue, la réglementation des procurations et des opérations des dirigeants relève exclusivement du domaine du droit corporatif parce qu'elle concerne le rapport entre les administrateurs d'une compagnie et ses actionnaires et la sollicitation des droits de vote aux assemblées de la compagnie.

Voici ma seconde remarque introductive: on peut être tenté de considérer redondantes les dispositions de la *Loi sur les corporations canadiennes* relatives aux opérations des dirigeants étant donné les dispositions presque identiques qu'on trouve dans la loi ontarienne qui s'applique aussi bien aux compagnies fédérales qu'aux sociétés ontariennes. Il faut résister à cette tentation. Il faut déterminer la validité de la loi fédérale sans tenir compte de la loi ontarienne. En outre, un certain nombre de provinces n'ont pas encore adopté de loi relative aux opérations des dirigeants. L'annulation de la loi fédérale aurait pour effet de priver les compagnies constituées en vertu de la loi fédérale qui ont leur siège social dans ces provinces, ainsi que leurs actionnaires, de la double protection dont jouissent

tial gap in the present regulatory schemes that might be exploited by the unprincipled.

I turn now to the main question. Does the 'matter' (or pith and substance) of the insider trading provisions of the federal act fall within a "class of subject" (or head of power) allocated to Parliament? Counsel for the Company and for the Attorney General of Ontario contends that s. 100.4 applies to a very large class of individuals or companies and the apparent purpose of the section is to impose possible civil liability on members of a large class of persons who are involved in transactions relating to the securities of the company. These provisions, it is said, do not relate to the status of a federal company or to domestic or internal constitution of the company but rather create civil rights or obligations which can only be the subject matter of provincial legislation in relation to property and civil rights in a province.

With respect, I do not agree. Sections 100.4 and 100.5 put teeth into s. 100 of the Act. Viewed in isolation it can no doubt be argued that their matter is the trading in securities. Viewed in context, however, they are, in my opinion, company law. They fit properly and comfortably into Part I of the *Canada Corporations Act*. The provisions deal with obligations attached to the ownership of shares in a federal company, which extend to shareholders, officers and employees of such companies, a subject matter that is not within the exclusive jurisdiction of provincial legislatures. The provisions are also directed to the relationship between management and shareholders of federal companies. Their enactment by Parliament is in the discharge of its company law power.

It has been well established ever since *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330 (P.C.) that the power of legislating with reference to the incorporation of companies with other than

maintenant les actionnaires ontariens. L'invalidation de la loi fédérale risquerait de créer dans le système de réglementation actuel une lacune que pourraient exploiter les gens sans scrupules.

Passons maintenant à la question principale. La question (ou le caractère véritable) des dispositions de la loi fédérale relatives aux opérations des dirigeants fait-elle partie d'une «catégorie de sujets» (ou d'un pouvoir) assignés au Parlement? L'avocat de la compagnie et substitut du procureur général de l'Ontario fait valoir que l'art. 100.4 s'applique à une très grande catégorie de personnes physiques ou morales et que cet article a manifestement pour objet d'imposer une responsabilité civile éventuelle aux membres d'une vaste catégorie de personnes qui participent à des opérations relatives aux valeurs mobilières de la compagnie. Ces dispositions, dit-on, ne se rapportent pas au statut d'une compagnie fédérale ou à la structure interne de la compagnie, mais créent plutôt des droits ou des obligations de nature civile qui ne peuvent faire l'objet que d'une loi provinciale concernant la propriété et les droits civils dans une province.

Avec égards, je ne partage pas cet avis. Les articles 100.4 et 100.5 renforcent l'art. 100 de la Loi. On peut certes faire valoir que, pris isolément, ils visent le commerce des valeurs mobilières. Toutefois, si on les situe dans leur contexte, ils constituent, à mon avis, du droit corporatif. Ils s'insèrent bien dans la partie I de la *Loi sur les corporations canadiennes*. Ces dispositions traitent des obligations liées à la propriété des actions des compagnies fédérales, qui s'appliquent aux actionnaires, aux administrateurs et aux employés de ces compagnies, un sujet qui ne relève pas de la compétence exclusive des provinces. Ces dispositions visent également les rapports entre la direction et les actionnaires des compagnies fédérales. Leur adoption par le Parlement constitue un exercice de son pouvoir en matière de droit corporatif.

Depuis l'arrêt *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330 (C.P.), il est bien établi que le pouvoir de faire des lois relativement à la constitution en corporation de compagnies pour des objets

provincial objects belonged exclusively to the Dominion Parliament as a matter covered by the expression "the peace, order and good government of Canada". Additionally, the power to regulate trade and commerce, at all events, enabled the Parliament of Canada to prescribe to what extent the powers of companies the objects of which extend to the entire Dominion should be exercisable and what limitations should be placed on such powers. Viscount Haldane L.C. delivering the judgment of their Lordships stated further that "... if it be established that the Dominion Parliament can create such companies, then it becomes a question of general interest throughout the Dominion in what fashion they should be permitted to trade" (at p. 340). The power of Parliament in relation to the incorporation of companies with other than provincial objects has not been narrowly defined. The authorities are clear that it goes well beyond mere incorporation. It extends to such matters as the maintenance of the company, the protection of creditors of the company and the safeguarding of the interests of the shareholders. It is all part of the internal ordering as distinguished from the commercial activities. Section 124 of *The Companies Act, 1934*, 1934 (Can.), c. 33 providing for the acquisition of shares of dissenting shareholders, against their will, was held to be properly part of company legislation: *Rathie v. Montreal Trust Co.* (1952), 6 W.W.R. (N.S.) 652. As Professor Hogg has said in his book at p. 351: "The federal power to incorporate companies [...] is simply the residue of the entire possible power to incorporate companies after subtracting the provincial power" and "[...] it also authorizes all laws of a company law character, for example, the laws pertaining to corporate powers, organization, internal management and financing" (at p. 353). Insider malfeasance affects, directly and adversely, corporate powers, organization, internal management. It affects also financing because shareholders and potential shareholders must be assured the company's affairs will be scrupulously and fairly conducted; otherwise the raising of capital, clearly an element of company law, will be inhibited (*Lukey v. Ruthenian Farmers' Elevator Co.*, [1924] S.C.R. 56, at p. 72; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*,

autres que provinciaux appartient exclusivement au Parlement canadien puisque c'est un sujet englobé par l'expression «la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada». En outre, le pouvoir de réglementer les échanges et le commerce, en tout état de cause, permet au Parlement canadien de prescrire dans quelle mesure peuvent être exercés les pouvoirs des compagnies dont les objets s'étendent à tout le pays et à quelles limites ils doivent être assujettis. En prononçant les motifs du jugement de leurs Seigneuries, le vicomte Haldane a affirmé en outre que [TRADUCTION] « ... s'il est établi que le Parlement canadien peut créer ces compagnies, la façon dont elles peuvent exercer leurs activités devient alors une question d'intérêt général dans tout le pays» (à la p. 340). Le pouvoir du Parlement relativement à la constitution en corporation de compagnies pour des objets autres que provinciaux n'a pas été défini de façon stricte. La jurisprudence établit clairement que ce pouvoir va bien au delà de la simple constitution de la compagnie. Il s'étend à des matières comme le maintien de la compagnie, la protection de ses créanciers et la sauvegarde des intérêts de ses actionnaires. Tout cela fait partie du fonctionnement interne par opposition aux activités commerciales. L'article 124 de la *Loi des compagnies, 1934*, 1934 (Can.), chap. 33, qui prévoyait l'acquisition des actions des actionnaires dissidents, contre leur gré, a été retenu comme partie intégrante de la législation relative aux compagnies: *Rathie v. Montreal Trust Co.* (1952), 6 W.W.R. (N.S.) 652. Comme le professeur Hogg le dit à la p. 351 de son ouvrage: [TRADUCTION] «Le pouvoir fédéral de constituer des compagnies [...] est simplement ce qui reste de tout le pouvoir possible de constituer des compagnies une fois soustrait le pouvoir provincial» et [TRADUCTION] «[...] il autorise également toutes les lois qui ont le caractère d'une loi sur les compagnies, par exemple, les lois concernant les pouvoirs, l'organisation, la gestion interne et le financement des compagnies» (à la p. 353). La malversation des dirigeants porte directement atteinte aux pouvoirs, à l'organisation et à la gestion interne de la compagnie. Elle porte également atteinte au financement parce que les actionnaires et les actionnaires éventuels doivent être assurés que les affaires de la compagnie seront

[1929] A.C. 260, at pp. 266-67).

Duff C.J. in the *Reference re constitutional validity of s. 110 of the Dominion Companies Act*, [1934] S.C.R. 653, at p. 658, recognized the right of the federal Parliament to provide for the constitution of the companies it created and for the conditions under which membership could be acquired; for the management by directors or other managers; the terms and conditions upon which profits should be divided or dividends declared; the conditions under which the capital of the company could be increased or diminished; the responsibility of the members of the company in respect to the debts of the corporation; the responsibility of the directors in respect to such debts. The *Reference* was concerned with the constitutional competence of Parliament to enact legislation making the directors of the company liable for the payment of any dividend when the company was insolvent or which impaired the capital of the company. The liability imposed was joint and several, to the company and to the individual shareholders and creditors, for all the debts of the company then existing and for all debts thereafter contracted during their continuance in office. The Court held the enactment to be of a character that brought it within the class of topics that the legislature must be supposed to have contemplated as falling within the subject of "Incorporation of Companies" as used in the *Constitution Act, 1867* (formerly the *British North America Act, 1867*).

Duff C.J., speaking for the Court, made it abundantly clear that any definition of the constitution of the company would call for answers to such questions as: what provision is being made for the protection of the assets of the company?; what safeguards are provided against the malfeasance of the managers?; what are the safeguards against the improper or colourable employment by the managers of their powers, in wasting the assets of the company?

administrées de façon méticuleuse et honnête sinon la mobilisation de capitaux, qui est clairement un élément du droit des compagnies, sera neutralisée (*Lukey c. Ruthenian Farmers' Elevator Co.*, [1924] R.C.S. 56, à la p. 72; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260, aux pp. 266 et 267).

Dans l'arrêt *Reference re constitutional validity of s. 110 of the Dominion Companies Act*, [1934] R.C.S. 653, à la p. 658, le juge en chef Duff a reconnu que le Parlement fédéral a le droit de faire des lois concernant la constitution des compagnies qu'il crée et les conditions auxquelles on peut en devenir membre, concernant la gestion des administrateurs et des autres gestionnaires, les modalités du partage des profits ou de la déclaration des dividendes, les conditions auxquelles le capital-actions de la compagnie peut être augmenté ou réduit, la responsabilité des membres à l'égard des dettes de la compagnie et la responsabilité des administrateurs à l'égard de ces dettes. Le renvoi portait sur le pouvoir constitutionnel du Parlement d'adopter une loi établissant la responsabilité des administrateurs de la compagnie à l'égard du paiement d'un dividende lorsque la compagnie est insolvable ou lorsque le paiement entraîne une insuffisance de capital. La responsabilité imposée était conjointe et solidaire envers la compagnie et envers chaque actionnaire et chaque créancier, pour toutes les dettes actuelles de la compagnie et toutes ses dettes futures contractées pendant la durée de leurs fonctions. La Cour a conclu que la loi, de par son caractère, relevait de la catégorie des sujets que le législateur a nécessairement voulu inclure dans la rubrique «constitution en corporation de compagnies» qui figure dans la *Loi constitutionnelle de 1867* (auparavant l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*).

Le juge en chef Duff, s'exprimant au nom de la Cour, a clairement établi que la définition de la constitution d'une compagnie exige des réponses à des questions comme: de quelle manière assure-t-on la protection de l'actif de la compagnie? Quelles garanties sont prévues contre la malversation des gestionnaires? Quelles sont les garanties contre les gestionnaires qui exercent de façon irrégulière et spécieuse leurs pouvoirs en dilapidant l'actif de la compagnie?

In *Esso Standard (Inter-America) Inc. v. J.W. Enterprises Inc.*, [1963] S.C.R. 144, this Court considered the provisions of the *Companies Act*, R.S.C. 1952, c. 53, respecting the compulsory acquisition of minority shares in takeover bids. Judson J., speaking for the Court, said (at p. 153):

> It is truly legislation in relation to the incorporation of companies with other than provincial objects and it is not legislation in relation to property and civil rights in the province or in relation to any matter coming within the classes of subject assigned exclusively to the legislature of the province. It deals with certain conditions under which a person may become a shareholder or lose his position as a shareholder in such a company and, in my opinion, this case is completely covered by the reasons of this Court in *Reference re constitutional validity of s. 110 of the Dominion Companies Act.*

Earlier in his judgment Judson J. said (at p. 152):

> There has been complete unanimity throughout that Parliament has the power to enact s. 128. The matter was summarized by Laidlaw J.A. as follows:
>
> It is my opinion that the Parliament of Canada having legislative power to create companies whose objects extend to more than one Province possesses also the legislative power to prescribe the manner in which shares of the capital of such companies can be transferred and acquired. That matter is one of general interest throughout the Dominion.

Providing safeguards against the malfeasance of the managers is strictly within what might properly be called the constitution of the company. The proper relationship between a company and its insiders is central to the law of companies and, from the inception of companies, that relationship has been regulated by the legislation sanctioning the company's incorporation. I agree with the submission of counsel for the Attorney General of Canada that the impugned provisions of the *Canada Corporations Act* are directed at preserving the integrity of federal companies and protecting the shareholders of such companies; they aim at practices, injurious to a company or to shareholders at large of a company, by persons who because they hold positions of trust or otherwise

Dans l'arrêt *Esso Standard (Inter-America) Inc. c. J.W. Enterprises Inc.*, [1963] R.C.S. 144, cette Cour a examiné les dispositions de la *Loi sur les compagnies*, S.R.C. 1952, chap. 53, concernant l'acquisition forcée des actions minoritaires dans les offres visant la prise de contrôle. Le juge Judson, s'exprimant au nom de la Cour, affirme (à la p. 153):

> [TRADUCTION] Il s'agit véritablement d'une loi qui porte sur la constitution de compagnies ayant des objets autres que provinciaux et ce n'est pas une loi relative à la propriété et aux droits civils dans la province ou relative à des matières tombant dans les catégories de sujets assignés exclusivement à la législature de la province. Elle traite de certaines conditions auxquelles une personne peut devenir actionnaire ou perdre sa qualité d'actionnaire de cette compagnie et, à mon avis, la solution de cette affaire se retrouve entièrement dans les motifs que cette Cour a prononcés dans l'arrêt *Reference re constitutional validity of s. 110 of the Dominion Companies Act.*

Le juge Judson avait affirmé plus tôt dans ses motifs (à la p. 152):

> [TRADUCTION] Il est unanimement reconnu que le Parlement a le pouvoir d'adopter l'art. 128. Le juge Laidlaw de la Cour d'appel a résumé la question comme suit:
>
> Je suis d'avis que le Parlement du Canada, qui a le pouvoir législatif de créer des compagnies dont les objets s'étendent à plus d'une province, possède aussi le pouvoir législatif de prescrire la façon suivant laquelle peuvent s'effectuer le transfert et l'acquisition des actions du capital-actions de ces compagnies. Il s'agit d'une question d'intérêt général partout au pays.

Les dispositions prévoyant des garanties contre la malversation des gestionnaires font strictement partie de ce qu'on peut appeler à juste titre la constitution de la compagnie. Les rapports réguliers entre la compagnie et ses dirigeants sont au coeur du droit corporatif et, depuis l'origine des compagnies, ces rapports sont régis par la loi qui sanctionne la constitution en corporation de la compagnie. Je suis d'accord avec la prétention du substitut du procureur général du Canada selon laquelle les dispositions contestées de la *Loi sur les corporations canadiennes* visent à préserver l'intégrité des compagnies constituées en vertu de la loi fédérale et à protéger les actionnaires de ces compagnies; elles visent des pratiques préjudiciables à une compagnie ou à l'ensemble de ses actionnaires,

are privy to information not available to all shareholders.

Insiders should not benefit, either at the expense of the company or at the expense of other shareholders, from their access to confidential information intended to be available only for a corporate purpose and not for the personal benefit of anyone. Information so acquired is at the expense of the enterprise. Confidential company information is a corporate asset the benefit of which is intended to benefit the company, its shareholders and creditors. See Brudney "Insiders, Outsiders and Informational Advantages under the Federal Securities Laws", (1979) 93 Harv. L. Rev. 322, at p. 344.

It is true that the net cast by s. 100.4 of the *Canada Corporations Act* is a broad one but it must be broad if it is to be effective. Section 100.4 speaks of insiders, employees, associates, and affiliates. It may catch more than just directors or managers. There is no reason in principle why this should be fatal to constitutional integrity. Practical considerations no doubt dictated that the net be broad if confidential information, vital to the financial integrity of the company, were to be adequately protected from those unprincipled insiders who were in a position to be privy to such information.

Because "[t]he language of [ss. 91 and 92] and of the various heads which they contain obviously cannot be construed as having been intended to embody the exact disjunctions of a perfect logical scheme" (*John Deere Plow Co. v. Wharton, supra*, at p. 338 *per* Viscount Haldane), a statute may fall under several heads of either s. 91 or s. 92. For example, a provincial statute will often fall under both s. 92(13), property and civil rights and s. 92(16), a purely local matter, given the broad generality of the language. There is, of course, no constitutional difficulty in this. The constitutional difficulty arises, however, when a statute may be characterized, as often happens, as coming within a federal as well as a provincial head of power. "To put the same point in another way, our com-

auxquelles s'adonnent des personnes qui, parce qu'elles détiennent des postes de confiance ou autres, connaissent des renseignements auxquels n'ont pas accès tous les actionnaires.

Les dirigeants ne devraient pas tirer profit, aux dépens de la compagnie ou des autres actionnaires, de leur accès à des renseignements confidentiels destinés à servir uniquement aux fins de la compagnie et non au profit d'une personne quelconque. L'obtention de ces renseignements se fait aux dépens de l'entreprise. Les renseignements confidentiels d'une compagnie sont un élément de l'actif de la compagnie dont doivent profiter la compagnie, ses actionnaires et ses créanciers. Voir l'article de Brudney, «Insiders, Outsiders and Informational Advantages under the Federal Securities Laws», (1979) 93 Harv. L. Rev. 322, à la p. 344.

Il est vrai que le filet déployé par l'art. 100.4 de la *Loi sur les corporations canadiennes* est large, mais il doit l'être pour être efficace. L'article 100.4 mentionne les dirigeants, les employés, les associés et les affiliés. Il peut viser plus que les seuls administrateurs ou gestionnaires. Il n'y a en principe aucune raison pour que ce soit fatal à l'intégrité constitutionnelle. Il est certain que le filet devait être large pour des considérations d'ordre pratique si on voulait que les renseignements confidentiels, essentiels à l'intégrité financière de la compagnie, soient bien à l'abri des dirigeants sans scrupules qui sont à même de connaître ces renseignements.

Parce que [TRADUCTION] «le langage [des art. 91 et 92] et des divers paragraphes qu'ils comportent ne peut évidemment être interprété comme conçu de manière à tracer les contours précis d'un système logique parfait» (*John Deere Plow Co. v. Wharton*, précité, à la p. 338, motifs du vicomte Haldane), une loi peut relever de plusieurs paragraphes de l'un ou l'autre des art. 91 ou 92. Par exemple, une loi provinciale relève souvent à la fois du par. 92(13), propriété et droits civils, et du par. 92(16), une matière de nature purement locale, en raison du caractère très général du langage utilisé. Cela ne soulève évidemment aucun problème constitutionnel. Le problème constitutionnel se pose toutefois lorsqu'on peut dire d'une loi, comme cela se produit souvent, qu'elle relève à

munity life—social, economic, political, and cultural—is very complex and will not fit neatly into any scheme of categories or classes without considerable overlap and ambiguity occurring. There are inevitable difficulties arising from this that we must live with so long as we have a federal constitution" (Lederman, "The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada" (1963), 9 McGill L.J. 185). As Professor Ziegel has stated "[s]ecurities legislation clearly has a double character ("Constitutional Aspects of Canadian Companies"in *Canadian Company Law* (1967), chapter 5, at p. 167) and, "there is no simple dichotomy between legislation of a company law character and legislation affecting property and civil rights in the province. Viewed in its proper social and economic context the legislation may well have a double character" (at pp. 192-93).

la fois d'un domaine de compétence fédérale et d'un domaine de compétence provinciale. [TRADUCTION] «En d'autres termes, notre vie collective — sociale, économique, politique et culturelle — est très complexe et ne peut s'insérer dans un système de catégories ou de classes sans que se produisent des ambiguïtés et des chevauchements importants. Cela soulève des difficultés inévitables qu'il nous faut accepter tant que nous aurons une constitution fédérale» (Lederman, «The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada» (1963), 9 McGill L.J. 185). Comme l'a dit le professeur Ziegel, [TRADUCTION] «[i]l est évident que les lois sur les valeurs mobilières ont un caractère double» («Constitutional Aspects of Canadian Companies» dans *Canadian Company Law* (1967), chapitre 5, à la p. 167) et [TRADUCTION] «il n'y a pas de dichotomie simple entre une loi qui participe de la nature du droit corporatif et une loi concernant la propriété et les droits civils dans la province. Considérée dans son contexte social et économique approprié, la loi peut certes posséder un caractère double» (aux pp. 192 et 193).

I incline to the view that the impugned insider trading provisions have both a securities law and a companies law aspect and would adopt as the test for applying the double aspect doctrine to validate both sets of legislative provisions, that formulated by Professor Lederman:

Je suis porté à croire que les dispositions attaquées concernant les opérations des dirigeants touchent à la fois au droit des valeurs mobilières et au droit corporatif, et pour appliquer la doctrine du double aspect en vue de sanctionner les deux ensembles de dispositions législatives, j'adopte le critère formulé par le professeur Lederman:

But if the contrast between the relative importance of the two features is not so sharp, what then? Here we come upon the double-aspect theory of interpretation, which constitutes the second way in which the courts have dealt with inevitably overlapping categories. When the court considers that the federal and provincial features of the challenged rule are of roughly equivalent importance so that neither should be ignored respecting the division of legislative powers, the decision is made that the challenged rule could be enacted by either the federal Parliament or provincial legislature. In the language of the Privy Council, "subjects which in one aspect and for one purpose fall within sect. 92, may in another aspect and for another purpose fall within sect. 91".

[TRADUCTION] Mais qu'arrive-t-il si le contraste entre l'importance relative de ces deux aspects n'est pas aussi net? Nous touchons ici la théorie d'interprétation du double aspect, qui constitue la deuxième façon dont les cours ont envisagé des catégories qui se chevauchent inévitablement. Lorsque la cour estime que les aspects fédéral et provincial de la règle attaquée sont d'importance à peu près équivalente de sorte qu'aucun de ces aspects ne peut être ignoré relativement au partage des pouvoirs législatifs, elle décide que la règle contestée peut être adoptée tant par le Parlement fédéral que par la législature provinciale. Comme l'a dit le Conseil privé, «des sujets qui, à un égard et pour un motif précis relèvent de l'art. 92 peuvent, à un autre égard et pour un autre motif, relever de l'art. 91».

("Classification of Laws and the British North America Act" in *The Courts and the Canadian Constitution* (1964), 177, at p. 193).

The double aspect doctrine is applicable, as Professor Lederman says, when the contrast between the relative importance of the two features is not so sharp. When, as here, the corporate-security federal and provincial characteristics of the insider trading legislation are roughly equal in importance there would seem little reason, when considering validity, to kill one and let the other live.

Although the application of the double aspect doctrine has been most prevalent in the highway traffic field there is ample precedent for its use in the field of provincial securities regulations. Kerwin C.J. in *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776 applied the doctrine to prospectuses (at p. 781):

> Parliament undoubtedly had power to enact s. 343 of the Criminal Code, but a prospectus may in one aspect and for one purpose be the subject of valid provincial legislation, while, in another aspect and for another purpose, it may be the subject of valid federal legislation: *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan.* Since the Provincial Legislature has power to prescribe certain information to be supplied to the Commission and since the Legislature has power to provide for punishment of infractions, the enactments of the Legislature and of Parliament may co-exist.

Concurrent matters or fields have been recognized, among others, in the realms of temperance, insolvency, highways, trading stamps and aspects of Sunday observance. Concurrency in the sale of securities was recognized in *Smith v. The Queen, supra.*

One reservation with respect to the impugned sections of the federal act may be in the imposition of civil liability in s. 100.4(1). Does this imposition of civil liability in a federal statute so invade the provincial domain as to render the sections imposing liability *ultra vires*? This, in essence, was the

(«Classification of Laws and the British North America Act» dans *The Courts and the Canadian Constitution* (1964), 177, à la p. 193).

La doctrine du double aspect s'applique, comme l'affirme le professeur Lederman, lorsque le contraste entre l'importance relative des deux aspects n'est pas très net. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, les aspects «compagnies-valeurs mobilières» des lois fédérale et provinciale relatives aux opérations des dirigeants sont d'importance à peu près égale, il semble n'y avoir aucune raison, au moment d'en examiner la validité, d'en rejeter une et de conserver l'autre.

Bien que la doctrine du double aspect ait été appliquée plus souvent dans le domaine de la circulation routière, il y a suffisamment de précédents pour en justifier l'application dans le domaine de la réglementation provinciale des valeurs mobilières. Dans l'arrêt *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776, le juge en chef Kerwin a appliqué cette doctrine aux prospectus (à la p. 781):

> [TRADUCTION] Il ne fait pas de doute que le Parlement avait le pouvoir d'adopter l'art. 343 du *Code criminel*, mais un prospectus peut, à un égard et pour un motif précis, faire l'objet d'une loi provinciale valide alors que, à un autre égard et pour un autre motif, il peut faire l'objet d'une loi fédérale valide: *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan.* Puisque la législature provinciale a le pouvoir de prescrire que certains renseignements soient fournis à la Commission et que la législature a le pouvoir de prescrire des peines à l'égard des infractions, les dispositions adoptées par les législatures et le Parlement peuvent coexister.

Des matières ou des domaines de compétence concurrente ont été reconnus, savoir notamment les domaines de la tempérance, de la faillite, des voies publiques, des bons-primes et des aspects de l'observance du dimanche. L'arrêt *Smith c. The Queen*, précité, a reconnu la compétence concurrente en matière de vente des valeurs mobilières.

Dans les articles contestés de la loi fédérale, on peut apporter une réserve dans le cas de l'imposition de responsabilité civile prévue au par. 100.4(1). L'imposition d'une responsabilité civile dans une loi fédérale empiète-t-elle sur le domaine provincial au point de rendre *ultra vires* les articles

argument of the appellants. But as Professors Anisman and Hogg point out: "Judicial decisions concerning a number of disparate matters such as federal elections, railways, federal corporations and even divorce have upheld Parliament's jurisdiction to provide civil relief in order to effectuate its legislative policies" ("Constitutional Aspects of Federal Securities Legislation" in *Proposals for a Securities Market Law for Canada* (1979), vol. 3, chap. III, at p. 192). In my opinion, ss. 100.4 and 100.5 have a general corporate purpose and a "rational, functional connection" with company law. The sections in my view are *intra vires* the Parliament of Canada.

III

The argument against the validity of ss. 113 and 114 of the Ontario *Securities Act* is that they are beyond the legislative power of the Province in that they purport to apply to companies incorporated under the laws of Canada; these sections are not in pith and substance enactments regulating the securities business; in actuality they define critical corporate relationships; it is beyond the power of a province to enact laws that regulate the corporate relationships of a federally-incorporated company.

I do not think this argument is tenable. It is well established that the provinces have the power, as a matter of property and civil rights, to regulate the trade in corporate securities in the province, provided the statute does not single out federal companies for special treatment or discriminate against them in any way. There must be no impairment of status or of the essential power to raise capital for corporate purpose. But federal incorporation does not render a company immune from securities regulation of general application in a province. Since the decision of the Privy Council in *Lymburn v. Mayland*, [1932] A.C. 318 the provisions of provincial securities acts have been given a wide constitutional recognition. Anisman

qui imposent cette responsabilité? C'est là, en substance, l'argument des appelantes. Mais comme le font remarquer les professeurs Anisman et Hogg: «Des décisions judiciaires intéressant un certain nombre de domaines divers tels que les élections fédérales, les chemins de fer, les corporations fédérales et même le divorce ont confirmé le pouvoir qu'a le Parlement de faciliter l'application de ses politiques législatives en prévoyant la possibilité de recours en matière civile» («Les aspects constitutionnels de la législation fédérale sur les valeurs mobilières» dans *Avant-projet d'une loi canadienne sur le marché des valeurs mobilières* (1979), vol. 3, chap. III, à la p. 215). A mon avis, les art. 100.4 et 100.5 visent les compagnies de façon générale et ont, avec le droit corporatif, un «lien rationnel et fonctionnel». Je suis d'avis que ces articles sont *intra vires* du Parlement du Canada.

III

L'argument à l'encontre de la validité des art. 113 et 114 de *The Securities Act* porte qu'ils outrepassent la compétence législative de la province en ce qu'ils sont censés s'appliquer aux compagnies constituées en vertu des lois du Canada; ces articles ne sont pas, de par leur caractère véritable, des dispositions qui réglementent le commerce des valeurs mobilières; en réalité, ils définissent des rapports délicats au sein de la compagnie; l'adoption de lois qui régissent les rapports internes d'une compagnie constituée en vertu d'une loi fédérale outrepasse la compétence de la province.

Je ne crois pas qu'on puisse soutenir cet argument. Il est bien établi que les provinces ont le pouvoir, en matière de propriété et de droits civils, de réglementer le commerce des actions des compagnies dans la province, pourvu que la loi ne distingue pas les compagnies constituées en vertu d'une loi fédérale en prévoyant à leur égard des mesures particulières ou discriminatoires. On ne doit pas porter atteinte au statut de la compagnie ni au pouvoir essentiel de réunir des fonds aux fins de la compagnie. Mais la constitution d'une compagnie en vertu de la loi fédérale n'immunise pas la compagnie contre les règlements provinciaux d'application générale relatifs aux valeurs mobilières. Depuis l'arrêt du Conseil privé *Lymburn v.*

and Hogg in *Proposals for a Securities Market Law of Canada*, at p. 144 speak of "[j]udicial sympathy for provincial securities legislation" adding, at p. 145:

> The reluctance of the courts to strike down provincial securities legislation likely stems in part from the fact that there is no federal securities law so that a declaration of the invalidity of a provincial act or any of its provisions would create a potential gap in the existing regulatory scheme that might be exploited by the unscrupulous.

Federally-incorporated companies are subject, with one important exception, to provincial regulations with respect to trading in securities. The legislative powers of the Province are restricted so that 'the status and powers of a Dominion Company as such cannot be destroyed' (*John Deere Plow Co. v. Wharton, supra*) and legislation will be invalid if a Dominion Company is 'sterilized in all its functions and activities' or 'its status and essential capacities are impaired in a substantial degree, (*Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91). Subject to that exception, a federal company empowered to carry on a particular business in a province is subject to the competent legislation of the province as to that business. If it wishes to raise capital through the sale of securities there is no reason why it should not be subject to the laws of the province applicable to all those in the province who wish to raise capital through security sales, and subject thereafter to rules requiring honest dealings in securities, so that the public be not defrauded. Sections 113 and 114 further the provincial object of assuring that persons who carry on the business of dealing in securities shall be honest and of good repute. As Mr. Justice Fauteux, as he then was, stated in *Gregory & Company Inc. v. Quebec Securities Commission*, [1961] S.C.R. 584 (at p. 588):

*Mayland*, [1932] A.C. 318, les dispositions des lois provinciales relatives aux valeurs mobilières ont été largement reconnues sur le plan constitutionnel. Dans l'*Avant-projet d'une loi canadienne sur le marché des valeurs mobilières*, à la p. 160, Anisman et Hogg parlent de [TRADUCTION] «sympathie des tribunaux vis-à-vis des législations provinciales sur les valeurs mobilières», ajoutant, à la même page:

> Il est vraisemblable que l'hésitation des cours lorsqu'il s'agit de s'attaquer aux législations provinciales sur les valeurs mobilières vient en partie du fait qu'il n'existe pas de loi fédérale sur les valeurs mobilières, de sorte que le fait de prononcer l'invalidité d'une loi provinciale ou de l'une de ses dispositions créerait un vide dans la législation existante qui laisserait le champ libre aux personnes peu scrupuleuses.

Sous réserve d'une exception importante, les compagnies constituées en vertu d'une loi fédérale sont assujetties à la réglementation provinciale en ce qui concerne le commerce des valeurs mobilières. Les pouvoirs législatifs de la province sont restreints de sorte que [TRADUCTION] «le statut et les pouvoirs d'une compagnie fédérale comme tels ne peuvent être détruits» (*John Deere Plow Co. v. Wharton*, précité) et la loi sera invalide si une compagnie fédérale est [TRADUCTION] «paralysée dans toutes ses fonctions et ses activités» ou si [TRADUCTION] «son statut et ses pouvoirs essentiels sont altérés sensiblement» (*Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91). Sous réserve de cette exception, une compagnie constituée en vertu d'une loi fédérale qui a le pouvoir d'exercer une activité particulière dans une province est assujettie aux lois provinciales valides qui régissent cette activité. Si elle souhaite réunir des capitaux par la vente de valeurs mobilières, il n'y a pas de raison pour qu'elle ne soit pas assujettie aux lois provinciales applicables à toutes les personnes qui, dans la province, souhaitent réunir des capitaux par la vente de valeurs mobilières, et qu'elle ne soit pas assujettie par la suite aux règles qui exigent l'honnêteté dans le commerce des valeurs mobilières afin de protéger le public contre toute fraude. Les articles 113 et 114 favorisent l'objectif provincial qui consiste à assurer que les personnes qui exercent le commerce des valeurs mobilières sont honnêtes et de bonne réputation. Comme l'a dit le juge Fauteux, alors juge puîné, dans l'arrêt *Gregory & Company Inc. c. Quebec Securities Commission*, [1961] R.C.S. 584 (à la p. 588):

The paramount object of the Act is to ensure that persons who, in the province, carry on the business of trading in securities or acting as investment counsel, shall be honest and of good repute and, in this way, to protect the public, in the province or elsewhere, from being defrauded as a result of certain activities initiated in the province by persons therein carrying on such a business.

In *Smith v. The Queen* Mr. Justice Martland stated (at p. 797):

*The Securities Act* exists to regulate the securities business. This is achieved through two main forms of control, the first of which is directed towards the persons or companies selling the securities and the second of which is directed to the securities being sold.

And later (at p. 798):

Thus control is exercised through the registration of persons and companies before they are permitted to trade in securities coupled with what is essentially the registration of the securities themselves before the securities may be traded in the course of a primary distribution to the public.

In my opinion ss. 113 and 114 of *The Securities Act* of Ontario constitute valid legislative provisions in relation to the subject matter of property and civil rights in the province, with respect to trading of the capital securities of a company. These sections do not sterilize the functions and activities of a federal company nor do they impair its status or essential powers (see *Canadian Indemnity Co. v. Attorney-General of British Columbia*, [1977] 2 S.C.R. 504).

IV

Having found ss. 100.4 and 100.5 of the *Canada Corporations Act* to be *intra vires* the Parliament of Canada and ss. 113 and 114 of the Ontario *Securities Act* to be *intra vires* the Legislature of Ontario there remains but to respond to the third and final question. Are sections 113 and 114 of the Ontario Act suspended and rendered inoperative in respect of corporations incorporated under the

[TRADUCTION] L'objet prépondérant de la loi est d'assurer que les personnes qui, dans la province, exercent le commerce des valeurs mobilières ou qui agissent comme conseillers en placements, sont honnêtes et de bonne réputation et, ainsi, de protéger le public, dans la province ou ailleurs, contre toute fraude consécutive à certaines activités amorcées dans la province par des personnes qui y exercent ce commerce.

Dans l'arrêt *Smith c. The Queen*, le juge Martland affirme (à la p. 797):

[TRADUCTION] *The Securities Act* existe pour réglementer le commerce des valeurs mobilières. A cette fin, elle prévoit deux formes principales de contrôle, dont la première vise les personnes ou les compagnies qui vendent des valeurs et dont la deuxième vise les valeurs offertes en vente.

Et plus loin (à la p. 798):

[TRADUCTION] Ainsi le contrôle s'exerce par l'enregistrement des personnes et des compagnies avant qu'elles soient autorisées à faire le commerce des valeurs mobilières ainsi que par ce qui constitue essentiellement l'enregistrement des valeurs elles-mêmes avant qu'elles puissent être offertes en vente dans le cadre d'une distribution primaire au public.

A mon avis, les art. 113 et 114 de *The Securities Act* de l'Ontario constituent des dispositions législatives valides en matière de propriété et de droits civils dans la province, pour ce qui est du commerce des valeurs d'une compagnie. Ces articles ne neutralisent pas les fonctions et les activités d'une compagnie constituée en vertu d'une loi fédérale et ne portent pas atteinte à son statut ou à ses pouvoirs essentiels (voir *Canadian Indemnity Co. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1977] 2 R.C.S. 504).

IV

Après avoir conclu que les art. 100.4 et 100.5 de la *Loi sur les corporations canadiennes* sont *intra vires* du Parlement du Canada et que les art. 113 et 114 de *The Securities Act* sont *intra vires* de la législature de l'Ontario, il ne reste plus qu'à répondre à la troisième et dernière question. L'application des art. 113 et 114 de la loi ontarienne est-elle suspendue et ces articles sont-ils rendus inopérants

laws of Canada. This is the issue Mr. Justice Henry faced at trial:

> The next issue that arises before me is whether the insider trading provisions in Sections 113 and 114 of *The Securities Act* are suspended by the operation of the insider trading provisions in Sections 100.4 and 100.5 of the *Canada Corporations Act*, R.S.C. 1970, c. C-32.

He said:

> It is common ground that the corporate Plaintiff is a federally incorporated company, that it was competent to Parliament and the Legislature to enact respectively these provisions so that each is *intra vires*.
>
> There was no dispute between Counsel that the two sets of provisions are for all material purposes identical, with the exception that if proceedings are taken under the federal provisions, the agency that will have carriage of the proceedings is the director of the Corporations Branch of the federal Department of Consumer and Corporate Affairs, whereas if proceedings are undertaken under the provincial *Securities Act*, the Ontario Securities Commission has carriage of the proceedings. It was also not a matter of dispute that if both sets of provisions are in operation together, both would apply to the circumstances of this case.

Although the appellant argues, weakly, that there are minor differences in the legislation, Henry J. found an identity of purpose, conduct and remedy. Does mere duplication constitute "the conflict" required by the paramountcy doctrine in order to render a provincial statutory provision inoperative? This is the issue upon which Mr. Justice Henry at trial and Mr. Justice Morden in the Divisional Court parted ways. The same difference of opinion is reflected by the commentators.

Mr. Justice Henry chose a more narrow and if I may say so, more modern, test of conflict with the concomitant result of leaving to the provinces ample legislative room. He adopted the test propounded by Mr. Justice Martland in *Smith v. The Queen, supra*, at p. 800:

> It may happen that some acts might be punishable under both provisions and in this sense that these provi-

à l'égard des compagnies constituées en vertu des lois du Canada? C'est la question dont le juge Henry était saisi en première instance:

> [TRADUCTION] La prochaine question dont je suis saisi est de savoir si les dispositions des articles 113 et 114 de *The Securites Act* concernant les opérations des dirigeants sont suspendues par l'application des dispositions relatives aux opérations des dirigeants que renferment les articles 100.4 et 100.5 de la *Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, chap. C-32.

Il a affirmé:

> [TRADUCTION] Il est admis que la demanderesse est une compagnie constituée en vertu de la loi fédérale, que le Parlement et la législature ont le pouvoir d'adopter respectivement ces dispositions de sorte qu'elles sont toutes *intra vires*.
>
> Les avocats ne contestent pas que les deux ensembles de dispositions sont à toutes fins utiles identiques, sauf que si des poursuites sont intentées en vertu des dispositions fédérales, l'organisme qui en sera chargé est le directeur de la Direction des corporations du ministère fédéral de la Consommation et des Corporations, alors que si les poursuites sont intentées en vertu de *The Securities Act* de la province, c'est la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario qui en sera chargée. On ne conteste pas non plus que si les deux ensembles de dispositions s'appliquent simultanément, les deux peuvent s'appliquer en l'espèce.

Bien que l'appelante fasse valoir, sans trop insister, que les textes de loi comportent de légères différences, le juge Henry a conclu qu'ils sont identiques quant à leur objet, à leur contenu et quant aux redressements qu'ils procurent. La simple répétition constitue-t-elle le «conflit» qu'exige la doctrine de la prépondérance pour rendre inopérante une disposition législative provinciale? C'est sur cette question que diffèrent le juge Henry en première instance et le juge Morden en Cour divisionnaire. Les glossateurs ont exprimé la même divergence d'opinions.

Le juge Henry a choisi un critère de conflit plus restreint et, si je puis dire, plus moderne qui a pour résultat accessoire de laisser aux provinces un vaste champ de législation. Il a adopté le critère proposé par le juge Martland dans l'arrêt *Smith c. The Queen*, précité, à la p. 800:

> [TRADUCTION] Il peut arriver que certains actes soient punissables en vertu des deux dispositions et dans ce sens

sions overlap. However, even in such cases, there is no conflict in the sense that compliance with one law involves breach of the other. It would appear, therefore that they can operate concurrently.

Parenthetically, and interestingly, the test adopted by Martland J. in *Smith v. The Queen* was the very test propounded by the Attorney General of Canada in *Smith*. If one refers to the factum of the federal Attorney General in *Smith*, prepared by W.R. Jackett and S. Samuels, one will find the following passage (at p. 8):

> It might happen that the same facts might be punishable under both provisions. In this sense they overlap. However there is no conflict in the sense that compliance with one law involves breach of the other. That being so, it is submitted that they can live together and are not only both valid but are operative concurrently.

The express contradiction test was reaffirmed in *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission, supra,* by Mr. Justice Beetz (at p. 780):

> *Montcalm's* third submission cannot succeed unless the impugned provisions are in conflict with the *Fair Wages and Hours of Labour Act: Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5. Here again, it was incumbent upon *Montcalm* to establish that it could not comply with provincial law without committing a breach of the federal Act. *Montcalm* did not even attempt any such demonstration. It argues in its factum that the federal Act provides not only for wages but also for overtime, unfair labour practices, etc., and that, in several instances, such provisions 'may' differ from those of provincial law. This is not good enough. *Montcalm* had to prove that federal and provincial law were in actual conflict for the purposes of this case. It did not so prove.

See also *Robinson v. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 753.

On the basis of the "overwhelming weight of recent authority" Mr. Justice Henry found that the two sets of statutory provisions could "live together and operate concurrently". Any "diseconomies" resulting from the proliferation of laws and administration were inherent in the federal system. Double liability would be avoided by

ces dispositions chevauchent. Cependant, même dans ces cas, il n'y a pas de conflit puisque se conformer à l'une ne signifie pas que l'on enfreint l'autre. Il semble donc qu'elles peuvent avoir un effet concurrent.

Soit dit en passant, on remarque avec intérêt que le critère adopté par le juge Martland dans l'arrêt *Smith c. The Queen* est le critère même que proposait le procureur général du Canada dans cette affaire. Si l'on se rapporte au mémoire du procureur général fédéral dans l'affaire *Smith*, rédigé par W.R. Jackett et S. Samuels, on trouve le passage suivant (à la p. 8):

> [TRADUCTION] Il peut arriver que les mêmes faits soient punissables en vertu des deux dispositions. Dans ce sens, elles chevauchent. Cependant, il n'y a pas de conflit puisque se conformer à l'une ne signifie pas enfreindre l'autre. Ainsi, nous prétendons qu'elles peuvent coexister et qu'en plus d'être toutes deux valides, leur effet est concurrent.

Le juge Beetz a confirmé à nouveau le critère du conflit explicite dans l'arrêt *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, précité (à la p. 780):

> Le troisième moyen de *Montcalm* ne peut être retenu que si les dispositions contestées entrent en conflit avec la *Loi sur les justes salaires et les heures de travail: Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5. Encore une fois, il incombait à *Montcalm* d'établir qu'elle ne pouvait se conformer à la loi provinciale sans violer la loi fédérale. *Montcalm* n'a même pas tenté de le faire. Elle prétend, dans son factum, que la loi fédérale réglemente non seulement les salaires mais également le temps supplémentaire, les pratiques injustes de travail, etc. et que, dans plusieurs cas, des dispositions «peuvent» être différentes de celles de la loi provinciale. Cette affirmation n'est pas suffisante. *Montcalm* devait prouver, aux fins de cette affaire, que les lois fédérale et provinciale étaient véritablement en conflit et elle ne l'a pas fait.

Voir également *Robinson c. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 753.

Compte tenu du [TRADUCTION] «poids écrasant de la jurisprudence récente», le juge Henry a conclu que les deux ensembles de dispositions législatives peuvent [TRADUCTION] «coexister et s'appliquer concurremment «. Le «gaspillage» qui découle de la prolifération des lois et de la structure administrative est inhérent au système fédé-

"cooperation between administrators and the ordinary supervision of the courts over duplication of proceedings before them".

Mr. Justice Henry and Professor Hogg are of one mind. Professor Hogg writes:

> There is no reason why duplication should be a case of inconsistency once the negative implication or covering the field test is rejected. On the contrary, duplication is "the ultimate in harmony". The argument that it is untidy, wasteful and confusing to have two laws when only one is needed reflects a value which in a federal system often has to be subordinated to that of provincial autonomy. Nor does the latter value disappear when provincial law merely duplicates federal law, because the suspension of a provincial law may create a gap in a provincial scheme of regulation which would have to be filled by federal law—a situation as productive of untidiness, waste and confusion as duplication.

(Hogg, *Constitutional Law of Canada, supra*, at p. 110)

He continued (at p. 111):

> In any event, arguments against duplication of federal and provincial laws can have little weight once overlapping is admitted. After all, overlapping legislation is duplicative to the extent of the overlap; and yet it is clear that provincial law is not inoperative to the extent of its overlap with federal law. It must be remembered too that the differences between the federal and provincial laws in *O'Grady* and *Stephens* were small, and in *Smith* and *Mann* they were virtually non-existent. If paramountcy does not apply when 999 cases out of 1,000 are covered by both laws, why should paramountcy apply when all 1,000 are covered by both laws? It is submitted that duplication is not a test of inconsistency. The one case which decides that it is should be treated as overruled by the recent decisions, especially *Smith* and *Mann*.

Morden J. adopts the older and more prevalent view of the commentators that "The authorities establish one of the implications of Dominion paramountcy to be that provincial duplicative legislation is suspended and inoperative. Simple duplication by a province is not permitted" (Ledral. On peut éviter la double responsabilité par [TRADUCTION] «la collaboration entre les administrateurs et les cours dans leur contrôle normal de la répétition des procédures devant elles.»

Le juge Henry et le professeur Hogg sont du même avis. Le professeur Hogg écrit:

> [TRADUCTION] Une fois rejeté le critère de l'incidence négative ou du champ occupé, il n'y a aucune raison de faire de la répétition un critère d'incompatibilité. Au contraire, la répétition est «le summum de l'harmonie». L'argument selon lequel l'existence de deux lois lorsqu'une seule est nécessaire est un signe de désordre, de gaspillage et de confusion reflète une valeur qui, dans un système fédéral, doit souvent être subordonnée à celle de l'autonomie provinciale. Cette dernière valeur ne disparaît pas non plus lorsque la loi provinciale reproduit simplement la loi fédérale, parce que le fait de suspendre l'application de la loi provinciale peut créer, dans le système de réglementation provinciale, une lacune que devrait combler la loi fédérale — ce qui engendrerait le désordre, le gaspillage et la confusion autant que la répétition.

(Hogg, *Constitutional Law of Canada*, précité, à la p. 110)

Il ajoute (à la p. 111):

> [TRADUCTION] En tout état de cause, une fois admis le chevauchement, les arguments à l'encontre de la répétition des lois fédérale et provinciale ont peu de valeur. Après tout, les lois qui chevauchent ne se répètent que dans la mesure du chevauchement; et pourtant il est clair que la loi provinciale n'est pas inopérante dans la mesure où elle chevauche la loi fédérale. Il faut aussi se rappeler que dans les affaires *O'Grady* et *Stephens*, les différences entre les lois fédérale et provinciale étaient minimes, et qu'il n'y en avait pratiquement pas dans les affaires *Smith* et *Mann*. Si la prépondérance ne s'applique pas lorsque les deux lois s'appliquent à 999 cas sur 1,000, pourquoi la prépondérance devrait-elle s'appliquer lorsque les deux lois s'appliquent à tous les cas? On soutient que la répétition n'est pas un critère d'incompatibilité. Il faut considérer que les arrêts récents, en particulier *Smith* et *Mann*, ont infirmé le seul arrêt où on a décidé qu'il s'agit là d'un tel critère.

Le juge Morden adopte l'opinion plus ancienne et plus courante chez les glossateurs, selon laquelle [TRADUCTION] «Suivant la jurisprudence, la prépondérance fédérale a notamment pour effet de suspendre l'application d'une loi provinciale qui reproduit une loi fédérale et de la rendre inopé-

erman, "The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada, *supra*, at p. 195; see also Abel, *Laskin's Canadian Constitutional Law* (1975), at p. 117: "If member and federal measures are substantial duplicates, every situation covered by the one is likewise covered by the other and there is no provincial room left, given full operation of the federal law"). Morden J. finds that "Resort to one statute, from a practical point of view, precludes the other from having any application."

The conflict between the reasons of Mr. Justice Henry and the reasons of Mr. Justice Morden lies in large measures upon the opinion of the latter that the paramountcy doctrine became applicable because a plaintiff could resort to one set of provisions only and, having done so, there would be no scope for the other to have operational effect. That is unquestionably an important consideration but it is not, in my view, conclusive. The provincial legislation merely duplicates the federal; it does not contradict it. The fact that a plaintiff may have a choice of remedies does not mean that the provisions of both levels of government cannot "live together" and operate concurrently. In the *Smith* case the provincial and federal provisions were virtually identical in substance, and the law authorities could prosecute the proscribed conduct as a provincial offence or as a federal offence under the *Criminal Code*.

I agree with the submissions of counsel for Saskatchewan that it would be ironic if a province, by adding elements of differentiation in its legislation (which do not conflict with federal provisions governing the same conduct but which, in effect, go further than the federal) could create valid operative provisions whereas in regard to the same legislative field, it could not merely duplicate the federal provisions; the cases where overlapping provincial legislation has not been rendered inoperative cannot be validly distinguished on the basis that in each of them there were elements of differ-

rante. On ne permet pas la simple reproduction par une province» (Lederman, «The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada», précité, à la p. 195; voir également Abel, *Laskin's Canadian Constitutional Law* (1975), à la p. 117: [TRADUCTION] «Si des mesures provinciales et fédérales se répètent essentiellement, chaque situation prévue par l'une l'est également par l'autre et il n'y a pas de place pour l'application de la disposition provinciale, étant donné que la loi fédérale s'applique intégralement»). Le juge Morden conclut que [TRADUCTION] «D'un point de vue pratique, le recours à une loi empêche l'autre loi de s'appliquer.»

La divergence entre les motifs du juge Henry et ceux du juge Morden résulte en grande partie de l'opinion de ce dernier portant que la doctrine de la prépondérance est devenue applicable parce qu'un demandeur ne pouvait invoquer qu'un ensemble de dispositions seulement et, cela fait, il n'y avait plus de place pour l'application de l'autre ensemble de dispositions. Il n'y a pas de doute qu'il s'agit là d'un facteur important, mais j'estime qu'il n'est pas déterminant. La loi provinciale ne fait que reproduire la loi fédérale, elle ne la contredit pas. Le fait qu'un demandeur peut avoir un choix de recours ne signifie pas que les dispositions des deux paliers de gouvernement ne peuvent «coexister» et s'appliquer concurremment. Dans l'affaire *Smith*, les dispositions provinciale et fédérale étaient pratiquement identiques en substance et les organismes chargés de l'application de la loi pouvaient engager des poursuites relativement à l'infraction en vertu de la loi provinciale ou du *Code criminel*.

Je suis d'accord avec la prétention de l'avocat de la Saskatchewan qu'il serait ironique qu'une province, par l'ajout d'éléments de différenciation dans sa loi (qui n'entrent pas en conflit avec les dispositions fédérales qui régissent les mêmes actes mais qui, en fait, vont plus loin que la loi fédérale), puisse créer des dispositions valides alors qu'elle ne pourrait reproduire simplement les dispositions fédérales concernant le même domaine législatif; on ne peut valablement distinguer les cas où une loi provinciale qui chevauche n'a pas été déclarée inopérante, en disant qu'il y a dans chaque cas des

ence between the provincial and the federal legislation; there is no true repugnancy in the case of merely duplicative provisions since it does not matter which statute is applied; the legislative purpose of Parliament will be fulfilled regardless of which statute is invoked by a remedy-seeker; application of the provincial law does not displace the legislative purpose of Parliament.

The respondents strenuously support Mr. Justice Morden's reasons in this Court. Counsel for the respondent McCutcheon argues "Where two actions are brought under the federal and provincial legislation against the insider, either concurrently or *seriatim*, the Court will not permit both to proceed to judgment[. . .] Both pieces of legislation cannot operate concurrently in that resort to one precludes resort to the other. The legislation under which one action is commenced operates to prevent the application of the other. In such case, the two statutes meet and are in conflict". I am not of that opinion.

With Mr. Justice Henry I would say that duplication is, to borrow Professor Lederman's phrase, "the ultimate in harmony". The resulting "untidiness" or "diseconomy" of duplication is the price we pay for a federal system in which economy "often has to be subordinated to [. . .] provincial autonomy" (Hogg, at p. 110). Mere duplication without actual conflict or contradiction is not sufficient to invoke the doctrine of paramountcy and render otherwise valid provincial legislation inoperative.

The following passage from Professor Lederman's article "The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada", *supra*, at p. 199 (fn. 39) is apposite:

> As Dr. J. A. Corry has pointed out, our country is increasingly moving away from the older classical federalism of 'water-tight compartments' with provincial legislatures and federal parliament carefully keeping clear of one another. We seem to be moving towards a co-operative federalism. "The co-ordinate governments no longer work in splendid isolation from one another but are increasingly engaged in cooperative ventures in which each relies heavily on the other." See J. A. Corry, "Constitutional Trends and Federalism", in the volume

différences entre le texte de loi provincial et la loi fédérale. Il n'y a pas vraiment incompatibilité dans le cas de dispositions qui se répètent simplement, puisqu'il n'importe pas de savoir quelle loi est appliquée; le but visé par le Parlement sera atteint, peu importe la loi sur laquelle se fonde le recours; l'application de la loi provinciale n'a pas pour effet d'écarter l'intention du Parlement.

Devant cette Cour, les intimés appuient fortement les motifs du juge Morden. L'avocat de l'intimé McCutcheon fait valoir que [TRADUCTION] «Lorsque deux actions sont intentées, concurremment ou séparément, contre le dirigeant en vertu des lois fédérale et provinciale, la cour ne permettra pas que jugement soit prononcé dans les deux actions[. . .] Les deux textes de loi ne peuvent s'appliquer concurremment en ce sens que le recours à l'un empêche le recours à l'autre. La loi en vertu de laquelle une action est intentée a pour effet d'empêcher l'application de l'autre. Dans ce cas, les deux lois se heurtent et entrent en conflit». Je ne suis pas de cet avis.

A l'instar du juge Henry, je dirais que la répétition est, pour reprendre l'expression du professeur Lederman, «le summum de l'harmonie». Le «désordre» ou le «gaspillage» qui découle de la répétition est le prix qu'il faut payer dans un système fédéral où l'économie «doit souvent être subordonnée à [. . .] l'autonomie provinciale» (Hogg, à la p. 110). La simple répétition, sans conflit ou contradiction véritable, ne suffit pas pour invoquer la doctrine de la prépondérance et pour rendre inopérante une loi provinciale par ailleurs valide.

Il convient de citer le passage suivant de l'article du professeur Lederman, «The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada», précité, à la p. 199, (note 39):

> [TRADUCTION] Comme l'a souligné le Dr J.A. Corry, notre pays s'éloigne de plus en plus du vieux fédéralisme classique des «compartiments étanches» où les législatures provinciales et le parlement fédéral se tiennent à distance l'un de l'autre. Il semble que nous nous dirigeons vers un fédéralisme coopératif. «Les gouvernements égaux n'oeuvrent plus parfaitement isolés l'un de l'autre mais se lancent de plus en plus dans des entreprises coopératives où chacun compte énormément sur l'autre.» Voir «Constitutional Trends and Federalism» de

of essays *Evolving Canadian Federalism* (Durham, N.C., U.S.A., 1958), p. 96. The multiplication of concurrent fields is one of the facets of this trend.

In principle, there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says "yes" and the other says "no"; "the same citizens are being told to do inconsistent things"; compliance with one is defiance of the other. The courts are well able to prevent double recovery in the theoretical and unlikely event of plaintiffs trying to obtain relief under both sets of provisions. The fact that a court must authorize proceedings under the Ontario Act provides a safeguard against double recovery if the company has already proceeded under the federal Act. In addition the Court at the final stage of finding and quantifying liability could prevent double revovery if in fact compensation and an accounting had already been made by a defendant. No court would permit double recovery.

I find that ss. 113 and 114 of *The Securities Act* of Ontario are not suspended or rendered inoperative in respect of corporations incorporated under the laws of Canada by ss. 100.4 and 100.5 of the *Canada Corporations Act*.

V

For the reasons stated above, I would answer the questions in this manner:

Question 1: No.
Question 2: No.
Question 3: No.

The appeal should be allowed. The judgments of the Divisional Court and of the Ontario Court of Appeal should be set aside. The declaration made by the Honourable Mr. Justice Henry that the Honourable Mr. Justice Addy had jurisdiction to commence the action herein should be re-instated.

J.A. Corry, dans l'ouvrage *Evolving Canadian Federalism* (Durham, N.C., U.S.A., 1958), à la p. 96. La multiplication des domaines de compétence concurrente est l'un des aspects de cette tendance.

En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d'exclusion sauf lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit «oui» et que l'autre dit «non»; «on demande aux mêmes citoyens d'accomplir des actes incompatibles»; l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre. Les cours sont à même d'empêcher le double recouvrement dans le cas théorique et peu probable où des demandeurs cherchent à se faire indemniser en vertu des deux ensembles de dispositions. Le fait qu'une cour doit autoriser des poursuites en vertu de la Loi de l'Ontario assure une protection contre le double recouvrement si la compagnie a déjà intenté des poursuites en vertu de la Loi fédérale. En outre, à l'étape finale dans laquelle elle conclut à la responsabilité et en fixe le montant, la cour peut empêcher le double recouvrement si, en fait, un défendeur a déjà versé une indemnité et produit une reddition de compte. Aucune cour ne permettra le double recouvrement.

Je conclus que l'application des art. 113 et 114 de *The Securities Act* de l'Ontario n'est pas suspendue et qu'ils ne sont pas rendus inopérants à l'égard des compagnies constituées en vertu des lois du Canada par l'application des art. 100.4 et 100.5 de la *Loi sur les corporations canadiennes*.

V

Pour les motifs énoncés ci-dessus, je suis d'avis de répondre aux questions posées de la façon suivante:

Question 1: Non.
Question 2: Non.
Question 3: Non.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'infirmer le jugement de la Cour divisionnaire et l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario. Je suis d'avis de rétablir la déclaration du juge Henry portant que le juge Addy a compétence pour connaître de la présente action.

The reasons of Beetz, Estey and Chouinard JJ. were delivered by

ESTEY J. (*dissenting in part*)—This appeal raises an issue as to the constitutionality of like provisions relating to insider trading of corporate securities found in the *Canada Corporations Act*, R.S.C. 1970, c. C-32, as amended, and *The Securities Act*, R.S.O. 1970, c. 426 as well as *The Business Corporations Act*, R.S.O. 1970, c. 53 and in the event of dual constitutionality the effect, if any, of the doctrine of paramountcy as between the federal and provincial legislation. The issue arises by reason of a statement of claim issued by the Ontario Securities Commission in the name of Multiple Access Limited by authority granted by the Supreme Court of Ontario under *The Securities Act, supra*, in which a claim is made against the respondents for an accounting and for damages arising out of an alleged breach by the respondents of the insider trading provisions of s. 113 of *The Securities Act, supra*. After the filing of a statement of defence, the matter was brought before Weekly Court on a motion for the determination of a point of law on the authority of an order issued by Callon J. in the Supreme Court of Ontario. The question of law is whether ss. 113 and 114 of *The Securities Act* of Ontario, *supra*, are suspended or rendered inoperative by reason of ss. 100.4 and 100.5 of the *Canada Corporations Act*, *supra*; and whether ss. 113 and 114 of *The Securities Act* of Ontario, *supra*, are *ultra vires* the legislature of that province with respect to a federally incorporated company such as the appellant herein; all of which matters have been raised by para. 2 of the statement of defence of the respondents.

The matter came on before Henry J. in Weekly Court who, on delivering lengthy reasons in September 1975, concluded that ss. 113 and 114 of the Ontario statute are valid Ontario legislation and are not suspended or rendered inoperative by reason of the doctrine of paramountcy by the

Version française des motifs des juges Beetz, Estey et Chouinard rendus par

LE JUGE ESTEY (*dissident en partie*)—Le présent pourvoi soulève la question de la constitutionnalité de dispositions semblables concernant les opérations des dirigeants relatives à des valeurs d'une société, contenues dans la *Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, chap. C-32, modifiée, et dans *The Securities Act*, R.S.O. 1970, chap. 426 ainsi que dans *The Business Corporations Act*, R.S.O. 1970, chap. 53, et, en cas de dualisme constitutionnel, l'effet, s'il y a lieu, de la doctrine de la prépondérance entre les textes de loi fédéral et provincial. La question découle d'une déclaration présentée par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario au nom de Multiple Access Limited, en vertu d'une autorisation accordée par la Cour suprême de l'Ontario sous le régime de *The Securities Act*, précitée, dans laquelle on réclame aux intimés une reddition de compte et des dommages-intérêts découlant d'une violation qu'on leur impute des dispositions de l'art. 113 de *The Securities Act*, précitée, relatives aux opérations des dirigeants. Après le dépôt d'un exposé des moyens de défense, l'affaire a été portée devant la Cour des sessions hebdomadaires en vertu d'une requête pour trancher un point de droit, fondée sur une ordonnance du juge Callon de la Cour suprême de l'Ontario. La question de droit est de savoir si l'application des art. 113 et 114 de *The Securities Act* de l'Ontario, précitée, est suspendue ou s'ils sont rendus inopérants en raison des art. 100.4 et 100.5 de la *Loi sur les corporations canadiennes*, précitée, et si les art. 113 et 114 de *The Securities Act* de l'Ontario, précitée, sont *ultra vires* de la législature de cette province à l'égard d'une compagnie constituée sous le régime de la loi fédérale comme c'est le cas de l'appelante en l'espèce; ces questions ont été soulevées au par. 2 de l'exposé des moyens de défense des intimés.

L'affaire a été entendue par le juge Henry de la Cour des sessions hebdomadaires qui, dans des motifs élaborés rendus en septembre 1975, a conclu que les art. 113 et 114 de la loi ontarienne sont des dispositions législatives valides dont l'application n'est pas suspendue et qui ne sont pas

provisions of ss. 100.4 and 100.5 of the *Canada Corporations Act*, *supra*. In reaching this conclusion the learned judge of first instance:

> a) assumed the validity of the aforementioned provisions of *The Securities Act*, *supra*, as neither party challenged those provisions; and,
>
> b) found that the aforementioned provisions of the *Canada Corporations Act*, *supra*, were valid corporate legislation within the peace, order and good government authority of the Parliament of Canada under s. 91 of the *British North America Act*, 1867 (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3.

Before leaving the initial disposition of this motion for the moment, it should be noted that Henry J. observed that it was "common ground [. . .] that it was competent to Parliament and the Legislature to enact respectively these provisions so that each is *intra vires*". This no doubt explained the absence of the Attorney General for Canada from these proceedings at that stage even though constitutional issues were raised. This Court was advised that the Attorney General for Canada elected not to appear until the matter had reached this Court.

The issue takes on added significance as between the parties because it is said that it is now too late to commence proceedings under the federal Act similar to those launched under the provincial statute (should the provincial provision be found *ultra vires*) by reason of the expiry of the federal limitation period. Henry J. disposed of the argument of repugnancy or conflict by rejecting the "duplicative" concept, and quoted with favour a comment in the writing on this subject that "duplication is the ultimate in harmony". He then went on to determine that operational conflict alone would bring the two statutes into collision but that "if two actions are commenced, one under each statute, the court is capable of "harmonising the proceedings" ". In the result the order of the

rendues inopérantes par les dispositions des art. 100.4 et 100.5 de la *Loi sur les corporations canadiennes*, précitée, en raison de la doctrine de la prépondérance. Dans ses conclusions, le savant juge de première instance:

> a) a tenu pour acquis que les dispositions susmentionnées de *The Securities Act*, précitée, sont valides puisque les parties ne les ont pas contestées; et
>
> b) a conclu que les dispositions susmentionnées de la *Loi sur les corporations canadiennes*, précitée, sont des dispositions valides en matière de droit corporatif en vertu du pouvoir que confère au Parlement du Canada l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1867 (R.-U.), 30 & 31 Vict., chap. 3, concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement.

Avant de mettre de côté pour le moment le premier jugement sur cette requête, il faut souligner que le juge Henry a fait remarquer qu'il était [TRADUCTION] «admis [. . .] que le Parlement et la législature ont le pouvoir d'adopter respectivement ces dispositions de sorte qu'elles sont toutes *intra vires*». C'est sans doute ce qui a expliqué l'absence du procureur général du Canada de ces procédures à ce stade, même si des questions constitutionnelles étaient soulevées. Cette Cour a été informée que le procureur général du Canada avait choisi de ne comparaître qu'au moment où elle serait saisie de l'affaire.

La question en litige revêt une importance additionnelle entre les parties puisqu'on dit qu'il est maintenant trop tard pour intenter en vertu de la loi fédérale des procédures analogues à celles intentées en vertu de la loi provinciale (s'il arrive que la disposition provinciale est déclarée *ultra vires*) étant donné que le délai de prescription prévu dans la loi fédérale est écoulé. Le juge Henry a tranché l'argument de l'incompatibilité ou du conflit en rejetant le concept de la «répétition» et il a cité favorablement une observation écrite à ce sujet suivant laquelle [TRADUCTION] «la répétition est le summum de l'harmonie». Il a alors poursuivi en déterminant que seul le conflit dans leur mise en oeuvre entraînerait le heurt de ces deux lois mais que [TRADUCTION] «si deux actions

Supreme Court authorizing the commencement of this action by the Securities Commission of Ontario was found to be valid.

From this decision appeal was taken to the Divisional Court of the High Court of Ontario where a majority of the court speaking through Morden J. came to the opposite conclusion by finding that the doctrine of paramountcy applied so as to suspend and render inoperative the provisions of the Ontario statute. Accordingly, the majority invoked Rule 125 of the Rules of Practice in the Supreme Court of Ontario and pronounced judgment dismissing the action. Again the arguments and the judgment proceeded on the basis that both statutes were *intra vires* so that the only issue between the parties was whether the Ontario statute became inoperative in the case of a federally incorporated company such as the applicant. Morden J. declined to apply 'operational conflict' as the test of repugnancy and specifically did not apply to these circumstances the test in *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776, at p. 800 that: "... there is no conflict in the sense that compliance with one law involves breach of the other". (*per* Martland J.) The Divisional Court preferred to approach the question from "a practical point of view ... " which limits the recovery in the civil action here to one "loss" and thereby found inappropriate the test of paramountcy arising from the penal cases such as *Smith v. The Queen*, *supra*, involving as they do the doctrine of douple jeopardy. From this position Robins J. dissented for the reasons given by Henry J. sitting in first instance. The Court of Appeal adopted the result reached in the Divisional Court for the reasons given by Morden J.

In this Court the Attorney General for Canada intervened in support of the respondents. The Attorneys General of four provinces intervened in support of the appellant.

sont intentées, une en vertu de chaque loi, la cour est en mesure d'«harmoniser les procédures»». En définitive, l'ordonnance de la Cour suprême qui a autorisé la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario à intenter la présente action a été déclarée valide.

Ce jugement a été porté en appel devant la Cour divisionnaire de la Haute Cour de l'Ontario où le juge Morden, au nom de la Cour à la majorité, a exprimé un avis contraire en concluant que la doctrine de la prépondérance s'applique et a pour effet de suspendre l'application des dispositions de la loi ontarienne et de les rendre inopérantes. En conséquence, la Cour à la majorité a invoqué l'art. 125 des Règles de pratique de la Cour suprême de l'Ontario et a rejeté l'action. Là encore, les plaidoyers et l'arrêt ont tenu pour acquis que les deux lois sont *intra vires*, de sorte que la seule question en litige entre les parties était de savoir si la loi ontarienne était devenue inopérante à l'égard d'une compagnie constituée en vertu de la loi fédérale comme c'est le cas de la requérante. Le juge Morden a refusé d'appliquer «le conflit dans la mise en oeuvre» comme critère d'incompatibilité et, en particulier, il n'a pas appliqué à la situation en l'espèce le critère retenu dans l'arrêt *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776, à la p. 800, portant que [TRADUCTION] «[. . .] il n'y a pas de conflit puisque se conformer à l'une ne signifie pas que l'on enfreint l'autre» (motifs du juge Martland). La Cour divisionnaire a préféré considérer la question [TRADUCTION] «d'un point de vue pratique ... « qui limite le recouvrement dans l'action civile en l'espèce à une «perte» et a ainsi jugé non pertinent le critère de la prépondérance qui ressort des affaires pénales comme *Smith c. The Queen*, précité, qui mettent en jeu la doctrine du double péril. Le juge Robins a exprimé sa dissidence sur ce point en se fondant sur les motifs du juge Henry en première instance. La Cour d'appel a invoqué les motifs du juge Morden pour adopter la décision de la Cour divisionnaire.

Devant cette Cour, le procureur général du Canada est intervenu à l'appui des intimés. Les procureurs généraux de quatre provinces sont intervenus à l'appui de l'appelante.

The three questions propounded by the Chief Justice are:

1. Are Sections 100.4 and 100.5 of the *Canada Corporations Act*, R.S.C. 1970, c. C-32, as enacted by R.S.C. 1970, c. 10 (1st Supp.) Section 7, *ultra vires* the Parliament of Canada in whole or in part?
2. Are Sections 113 and 114 of *The Securities Act*, R.S.O. 1970, c. 426, *ultra vires* the Legislature of Ontario in whole or in part?
3. Assuming Sections 100.4 and 100.5 of the *Canada Corporations Act*, R.S.C. 1970, c. C-32, as enacted by R.S.C. 1970, c. 10 (1st Supp.) Section 7, are *intra vires* the Parliament of Canada and assuming Sections 113 and 114 of *The Securities Act*, R.S.O. 1970, c. 426, are *intra vires* the Legislature of Ontario, are Sections 113 and 114 of *The Securities Act*, R.S.O. 1970, c. 426 suspended and rendered inoperative in respect of corporations incorporated under the laws of Canada?

In this Court all counsel assumed the validity of the Ontario legislation but counsel for the respondents and the Attorney General for Canada took the position that these provisions find their constitutional root in s. 92(11) being the authority to incorporate companies (with provincial objects) and are inoperative as regards federally incorporated companies. The appellants and the other interveners, on the other hand, attack the constitutionality of ss. 100.4 and 100.5 of the *Canada Corporations Act*, *supra*, on the ground that these provisions are not to be properly classified in law as corporate regulation but rather are a usurpation of provincial power with reference to property and civil rights.

Three issues arise for disposition on this appeal:

1. Is the federal statute valid corporate legislation or, alternatively, is it valid legislation relating to security trading under 91(2), "Trade and Commerce"; or is it legislation in relation to contracts concerning corporate securities and thereby an invasion of the provincial legislative field under some part of s. 92 other than subs. (11);

Les trois questions posées par le Juge en chef sont les suivantes:

1. Les articles 100.4 et 100.5 de la *Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, chap. C-32, édictés par l'article 7 des S.R.C. 1970 (1er Supp.), chap. 10, sont-ils, en totalité ou en partie, *ultra vires* du Parlement du Canada?
2. Les articles 113 et 114 de *The Securities Act*, R.S.O. 1970, chap. 426, sont-ils, en totalité ou en partie, *ultra vires* de la législature de l'Ontario?
3. A supposer que les articles 100.4 et 100.5 de la *Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, chap. C-32, édictés par l'article 7 des S.R.C. 1970 (1er Supp.), chap. 10, sont *intra vires* du Parlement du Canada et que les articles 113 et 114 de *The Securities Act*, R.S.O. 1970, chap. 426, sont *intra vires* de la législature de l'Ontario, l'application des articles 113 et 114 de *The Securities Act*, R.S.O. 1970, chap. 426, est-elle suspendue et ces articles sont-ils rendus inopérants à l'égard des compagnies constituées en vertu des lois du Canada?

Devant cette Cour, tous les avocats ont tenu pour acquis que la loi ontarienne est valide, mais les avocats des intimés et du procureur général du Canada ont fait valoir que ces dispositions trouvent leur fondement constitutionnel au par. 92(11) qui attribue le pouvoir de constituer en corporation des compagnies (pour des objets provinciaux) et qu'elles sont inopérantes à l'égard des compagnies constituées en vertu de la loi fédérale. Par contre, les appelantes et les autres intervenants attaquent la constitutionnalité des art. 100.4 et 100.5 de la *Loi sur les corporations canadiennes*, précitée, pour le motif que ces dispositions ne peuvent être correctement considérées en droit comme de la réglementation des compagnies, mais qu'elles sont plutôt une usurpation du pouvoir provincial en matière de propriété et de droits civils.

Le présent pourvoi soulève trois questions:

1. La loi fédérale est-elle valide comme loi relative aux compagnies ou, subsidiairement, est-elle valide comme loi relative au commerce des valeurs mobilières en vertu du par. 91(2), «échanges et commerce»? Ou s'agit-il d'une loi visant les contrats relatifs aux valeurs mobilières des compagnies et ainsi d'un empiétement sur le domaine législatif provincial en vertu d'une disposition quelconque de l'art. 92 autre que le par. (11)?

2. Is the provincial legislation valid legislation only as regards provincially incorporated companies with provincial objects and extra-provincial corporations incorporated by provinces other than Ontario;

3. If both statutes are valid legislation and in the case of the provincial law its validity is not limited to other than federally incorporated companies, is the provincial legislation overriden as regards federally incorporated companies and perhaps as regards extra-provincial corporations incorporated provincially by reason of the doctrine of paramountcy?

If the federal legislation is *ultra vires* the Parliament of Canada of course we need go no further and hence it is convenient to commence with a consideration of the legislative base for ss. 100.4 and 100.5 of the *Canada Corporations Act*, *supra*.

Validity of Federal Statutory Provisions

The provisions of the *Canada Corporations Act*, *supra*, (later added in amended form to the *Canada Business Corporations Act*, 1974-75-76 (Can.), c. 33, as s. 125) as they appeared initially in R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 10, s. 7 are as follows:

**100.4** (1) Every insider of a company, every person employed or retained by the company, the auditor of the company and every associate of the insider and affiliate of the insider within the meaning of subsection 125(3) who, in connection with a transaction relating to the securities of the company, makes use of any specific confidential information for his own benefit or advantage that, if generally known, might reasonably be expected to affect materially the value of the securities of the company, is liable to compensate any person for any direct loss suffered by that person as a result of the transaction, unless the information was known or sought reasonably to have been known to that person at the time of such transaction, and is also accountable to the company for any direct benefit or advantage received or receivable by such insider, employed or retained person, auditor, associate or affiliate, as the case may be, as a result of the transaction.

(2) An action to enforce any right created by subsection (1) may be commenced only within two years after the date of completion of the transaction that gave rise to the cause of action, or if the transaction was required

2. La loi provinciale est-elle valide uniquement à l'égard des compagnies constituées, pour des objets provinciaux, en vertu de la loi provinciale et des compagnies extra-provinciales constituées en vertu d'une loi d'une province autre que l'Ontario?

3. Si les deux lois sont valides et que la validité de la loi provinciale ne se limite pas aux compagnies autres que celles constituées en vertu de la loi fédérale, la loi fédérale l'emporte-t-elle, en raison de la doctrine de la prépondérance, sur la loi provinciale à l'égard des compagnies constituées en vertu de la loi fédérale et peut-être à l'égard des compagnies extra-provinciales constituées en vertu d'une loi d'une province?

Si la loi fédérale est *ultra vires* du Parlement du Canada, il est évidemment inutile d'examiner la question plus à fond; il est donc préférable de commencer par examiner le fondement législatif des art. 100.4 et 100.5 de la *Loi sur les corporations canadiennes*, précitée.

Validité des dispositions législatives fédérales

Les dispositions de la *Loi sur les corporations canadiennes*, précitée, (ajoutées plus tard dans leur forme modifiée à la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, 1974-75-76 (Can.), chap. 33, à l'art. 125) telles qu'elles figuraient à l'origine dans S.R.C. 1970 (1[er] Supp.), chap. 10, art. 7, se lisent comme suit:

**100.4** (1) Tout dirigeant d'une compagnie, toute personne employée ou engagée par la compagnie, le vérificateur de la compagnie, tout associé du dirigeant et tout affilié du dirigeant au sens où l'entend le paragraphe 125(3) qui, à propos d'une opération relative aux valeurs de la compagnie, utilise à son propre profit ou avantage quelque renseignement confidentiel précis qui, s'il était généralement connu, pourrait vraisemblablement affecter d'une manière appréciable la cote des valeurs de la compagnie, est tenu d'indemniser toute personne de toute perte directe subie par cette personne du fait de l'opération à moins que le renseignement n'ait été connu ou n'eût raisonnablement dû être connu de cette personne au moment de cette opération, et doit également rendre compte à la compagnie de tout profit ou avantage directs obtenus ou à obtenir par ce dirigeant, cette personne employée ou engagée, ce vérificateur, cet associé ou cet affilié, selon le cas, du fait de l'opération.

(2) Une action visant à faire valoir un droit créé par le paragraphe (1) ne peut être intentée que dans les deux ans qui suivent la date à laquelle s'est terminée l'opération qui a donné naissance à la cause d'action ou, si un

to be reported under section 100.1, then within two years from the time of reporting in compliance with that section.

(3) For the purposes of this section, every director or officer of any other company that becomes an insider of a company shall be deemed to have been an insider of that latter company for the previous six months or for such period as he was a director or officer of that other company.

**100.5** (1) Upon application by any person who was at the time of a transaction referred to in subsection 100.4(1) or is at the time of the application an owner of the securities of the company, or on the application of the Minister, the chief justice or acting chief justice of the court of the province in which the head office of the company is situated, or a judge of such court designated by either of them, may, if satisfied that

(*a*) such person has reasonable grounds for believing that the company has a cause of action under section 100.4, and

(*b*) either,

(i) the company has refused or failed to commence an action under section 100.4 within sixty days after receipt of a written request from such person so to do, or

(ii) the company has failed to prosecute diligently an action commenced by it under section 100.4,

make an order, upon such terms as to the judge seem fit, directing that an action be commenced or continued by the Director of the Corporations Branch in the name of and on behalf of the company to enforce the liability created by section 100.4.

(2) The company and the Director of the Corporations Branch shall be given ten days notice of the hearing of any application under subsection (1) and each has a right to appear and be heard thereon.

(3) Every order made under subsection (1) shall provide that the company shall cooperate fully in the institution and prosecution of the action and shall make available to the Director of the Corporations Branch all books, records, documents and other material or information relevant to such action and known to the company or reasonably ascertainable by the company.

(4) An appeal from an order made under subsection (1) lies to the appellate court of the province in which the head office of the company is situated.

rapport portant sur l'opération était exigé par l'article 100.1, dans les deux ans à compter de la date où le rapport a été fait conformément à cet article.

(3) Aux fins du présent article, tout administrateur ou fonctionnaire de toute autre compagnie qui devient un dirigeant d'une compagnie est censé avoir été un dirigeant de cette dernière compagnie pendant les six mois précédents, ou pendant la période où il a été administrateur ou fonctionnaire de cette autre compagnie si elle est de moins de six mois.

**100.5** (1) A la demande de toute personne qui était, au moment de l'opération mentionnée au paragraphe 100.4(1), ou qui est, au moment de la demande, propriétaire des valeurs de la compagnie, ou à la demande du Ministre, le juge en chef ou le juge en chef suppléant de la cour de la province où est situé le siège social de la compagnie ou un juge de cette cour désigné par l'un ou l'autre d'entre eux peut, s'il est convaincu

*a*) que cette personne a des raisons de croire que la compagnie est fondée à intenter une action en vertu de l'article 100.4, et

*b*) que la compagnie a

(i) soit refusé ou omis d'intenter une action en vertu de l'article 100.4 dans les soixante jours qui ont suivi la réception d'une demande écrite de cette personne à cette fin,

(ii) soit omis de continuer avec diligence une action intentée par elle en vertu de l'article 100.4,

rendre, selon les modalités que le juge estime opportunes, une ordonnance portant qu'une action soit intentée ou continuée par le Directeur de la Direction des Corporations, au nom et pour le compte de la compagnie, en vue de faire exécuter l'obligation créée par l'article 100.4.

(2) Il doit être donné à la compagnie et au Directeur de la Direction des Corporations, dix jours à l'avance, avis de l'audition de toute demande en vertu du paragraphe (1) et chacun d'eux a le droit de comparaître et d'être entendu à ce sujet.

(3) Toute ordonnance rendue en vertu du paragraphe (1) doit prévoir que la compagnie doit collaborer entièrement aux fins d'intenter et continuer cette action et doit mettre à la disposition du Directeur de la Direction des Corporations tous les livres, registres, documents et autres pièces ou renseignements pertinents à cette action et qui sont connus de la compagnie ou qu'elle peut raisonnablement vérifier.

(4) Il peut être interjeté appel d'une ordonnance rendue en vertu du paragraphe (1) devant la cour d'appel de la province où est situé le siège social de la compagnie.

It is essential to an understanding of these provisions to set out some of the statutory definitions from ss. 100 and 125 of the Act:

**100.** (1) ...

"associate", when used to indicate a relationship with any person, means

(*a*) any company, wherever or however incorporated, of which that person beneficially owns, directly or indirectly, equity shares carrying more than ten per cent of the voting rights attached to all equity shares of that company for the time being outstanding,

(*b*) any partner of that person acting by or for the partnership of which they are both partners,

(*c*) any trust or estate in which that person has a substantial beneficial interest or in respect of which he serves as a trustee or in a similar capacity,

(*d*) any spouse, son or daughter of that person, or

(*e*) any relative of that person or any relative of his spouse if that relative has the same home as that person;

"insider" or "insider of a company" means

(*a*) any director or officer of a public company,

(*b*) any person who beneficially owns, directly or indirectly, equity shares of a public company carrying more than ten per cent of the voting rights attached to all equity shares of the company for the time being outstanding, but in computing the percentage of voting rights attached to equity shares owned by an underwriter there shall be excluded any equity shares that have been acquired by him as underwriter in the course of distribution to the public of such shares, but such exclusion ceases to have effect on completion or cessation of the distribution to the public by him, or

(*c*) any person who exercises control or direction over the equity shares of a public company carrying more than ten per cent of the voting rights attached to all equity shares of the public company for the time being outstanding;

For the purpose of reporting the interest of insiders in companies as required by the statute the defini-

Pour comprendre ces dispositions, il est essentiel de reproduire certaines définitions tirées des art. 100 et 125 de la Loi:

**100.** (1) ...

«associé», lorsqu'il est utilisé pour indiquer un lien avec une personne, désigne

*a*) une compagnie, quels que soient le lieu ou les modalités de sa constitution en corporation, dans laquelle cette personne est, directement ou indirectement, propriétaire bénéficiaire d'actions qui donnent plus de dix pour cent des droits de vote afférents à toutes les actions donnant droit de vote de la compagnie et qui sont en circulation à l'époque considérée,

*b*) un associé de cette personne agissant par ou pour la société dont cette personne et lui-même sont tous deux des associés,

*c*) un *trust* ou une succession dans lesquels cette personne a un intérêt bénéficiaire important ou relativement auxquels elle exerce des fonctions de fiduciaire ou autres fonctions du même genre,

*d*) un conjoint, un fils ou une fille de cette personne, ou

*e*) un parent de cette personne ou un parent de son conjoint si ce parent partage le même foyer que cette personne;

«dirigeant» ou «dirigeant d'une compagnie» désigne

*a*) un administrateur ou un fonctionnaire d'une compagnie publique,

*b*) une personne qui est directement ou indirectement propriétaire bénéficiaire d'actions d'une compagnie publique qui donnent plus de dix pour cent des droits de vote afférents à toutes les actions donnant droit de vote de la compagnie et qui sont en circulation à l'époque considérée; toutefois, dans le calcul du pourcentage des droits de vote afférents aux actions donnant droit de vote dont un souscripteur éventuel à forfait est propriétaire doivent être exclues toutes les actions donnant droit de vote qui ont été acquises par lui à titre de souscripteur éventuel à forfait au cours de la distribution de ces actions au public; cette exclusion cesse lorsque cette distribution au public effectuée par lui a été achevée ou qu'elle a cessé, ou

*c*) une personne qui exerce un contrôle ou une direction sur les actions d'une compagnie publique qui donnent plus de dix pour cent des droits de vote afférents à toutes les actions donnant droit de vote de la compagnie publique qui sont en circulation à l'époque considérée.

Aux fins du rapport qu'exige la loi relativement au droit de propriété des dirigeants des compagnies,

tion of "insider" is extended by s. 100.1(5) which provides as follows:

(5) For the purposes of this section

(*a*) where any other company becomes an insider of a company, every director or officer of the first mentioned company shall be deemed to have been an insider of the second mentioned company for the previous six months or for such shorter period as he was a director or officer of the first mentioned company, and

(*b*) where a company became an insider of any other company, every director or officer of the second mentioned company shall be deemed to have been an insider of the first mentioned company for the previous six months or for such shorter period as he was a director or officer of the second mentioned company;

and such director or officer shall within ten days after the end of the month in which he becomes an insider file with the Department of Consumer and Corporate Affairs such reports for the period as to which he is deemed to be an insider as he would have been required to file under this section had he been an insider for such period.

. . .

**125.** (1) For the purposes of this Act, a company is a subsidiary of another company only if,

(*a*) it is controlled by

(i) that other, or

(ii) that other and one or more companies each of which is controlled by that other, or

(iii) two or more companies each of which is controlled by that other; or

(*b*) it is a subsidiary of a subsidiary of that other company.

. . .

"(3) For the purposes of this Act,

(*a*) one company is affiliated with another company only if one of them is the subsidiary of the other or both are subsidiaries of the same company or each of them is controlled by the same person; and

(*b*) when two companies are affiliated, or are deemed by this section to be affiliated, with the same company at the same time, they shall be deemed to be affiliated with each other."

la définition de «dirigeant» est élargie au par. 100.1(5) qui dispose:

(5) Aux fins du présent article

*a*) lorsqu'une autre compagnie devient un dirigeant d'une compagnie, tout administrateur ou fonctionnaire de la compagnie mentionnée en premier est censé avoir été dirigeant de la compagnie mentionnée en second pendant les six mois précédents ou pendant la période où il était administrateur ou fonctionnaire de la compagnie mentionnée en premier, si elle est de moins de six mois, et

*b*) lorsqu'une compagnie est devenue un dirigeant d'une autre compagnie, tout administrateur ou fonctionnaire de la compagnie mentionnée en second est censé avoir été dirigeant de la compagnie mentionnée en premier pendant les six mois précédents ou pendant la période où il était administrateur ou fonctionnaire de la compagnie mentionnée en second, si elle est de moins de six mois;

et cet administrateur ou ce fonctionnaire doit, dans les dix premiers jours du mois qui suit celui où il est devenu dirigeant, faire parvenir au ministère de la Consommation et des Corporations les rapports, afférents à la période pour laquelle il est censé avoir été un dirigeant, qu'il aurait été tenu de faire parvenir en vertu du présent article s'il avait été un dirigeant pendant cette période.

. . .

**125.** (1) Aux fins de la présente loi, une compagnie est une filiale d'une autre compagnie seulement si,

*a*) elle est contrôlée par

(i) cette autre compagnie, ou

(ii) cette autre compagnie et une ou plusieurs compagnies dont chacune est contrôlée par cette autre compagnie, ou

(iii) deux ou plusieurs compagnies dont chacune est contrôlée par cette autre compagnie; ou si

*b*) elle est une filiale d'une filiale de cette autre compagnie.

. . .

(3) Aux fins de la présente loi,

*a*) une compagnie n'est affiliée à une autre compagnie que si l'une des deux est la filiale de l'autre ou si l'une et l'autre sont des filiales de la même compagnie ou si chacune d'elles est contrôlée par la même personne; et

*b*) lorsque deux compagnies sont affiliées ou sont, aux termes du présent article, censées être affiliées à la même compagnie en même temps, elles sont censées être affiliées l'une à l'autre.

These sections, except for the definition of a subsidiary, all came into the Act as amendments enacted in 1969-70. Sections 100.4 and 100.5 had no counterpart in the earlier version of the Act, which prior to 1965 was known as the Dominion *Companies Act* and thereafter as the *Canada Corporations Act*. These provisions were inserted into an Act comprised of six parts: Part I, Companies with Share Capital; Part II, Corporations Without Share Capital; Part III, Special Act Corporations; Part IV, Companies Clauses; Part V, Incidental Powers of Corporate Bodies Created otherwise than by Letters Patent; Part VI, Provisions of General Application.

Part I in which the sections now before the Court are found is divided into divisions with headings which include: "*Formation of New Companies*", "*General Powers and Duties of Companies*", "*Change of Provisions of Letters Patent*", "*Forfeiture of Charter*", "*Surrender of Charter*", "*Transfer of Shares*", "*Calls*", "*Liability of Shareholders*", "*Alteration of Share Capital*", "*Reduction of Capital*", "*Borrowing Powers*", "*Prospectuses and Offers to the Public*", "*Dividends*", "*Directors Books*", "*Investigations*", "*Accounts and Audit*", "*Arrangements and Compromises*", "*Take-over Bids*" and "*Amalgamation*".

Under the heading "*Transfer of Shares*" provision is made in a group of six sections for the registration of a transfer of shares in a corporate share register and further provides that no transfer shall be valid for any purpose "save only as exhibiting the rights of the parties thereto toward each other" until so registered in the records of the company (s. 39). Further provisions are made with respect to the transfer of shares listed on a stock exchange where the right to notice shall continue in the former owner, as well as entitlement to dividends, until the transfer has been registered in the books of the company. Other provisions in this segment of Part I deal with the payment in to the company treasurer of the capital contribution required of a shareholder, the corporate restric-

Ces articles, à l'exception de la définition d'une filiale, ont tous été introduits dans la Loi par voie de modifications adoptées en 1969-70. Les articles 100.4 et 100.5 n'avaient pas de pendant dans la version antérieure de la Loi, qui avant 1965 portait le titre de *Loi sur les compagnies* à charte fédérale et, par la suite, celui de *Loi sur les corporations canadiennes*. Ces dispositions ont été insérées dans une loi qui comportait six parties: la partie I, Compagnies par actions; la partie II, Corporations sans capital-actions; la partie III, Compagnies constituées en corporations par loi spéciale; la partie IV, Clauses des compagnies; la partie V, Pouvoirs afférents aux corps constitués, créés autrement que par lettres patentes; la partie VI, Dispositions d'application générale.

La partie I, où on trouve les articles dont est saisie cette Cour, comporte des divisions avec les rubriques suivantes notamment: «*Formation de nouvelles compagnies*», «*Pouvoirs et devoirs généraux des compagnies*», «*Changement des dispositions des lettres patentes*», «*Déchéance de la charte*», «*Abandon de la charte*», «*Transfert d'actions*», «*Appels de versements*», «*Responsabilité des actionnaires*», «*Modification du capital-actions*», «*Réduction du capital*», «*Pouvoirs d'emprunter*», «*Prospectus et offres au public*», «*Dividendes*», «*Administrateurs*», «*Registre*», «*Examens*», «*Comptes et vérifications*», «*Arrangements et compromis*», «*Offres visant à la prise de contrôle*» et «*Fusion*».

Sous la rubrique «*Transfert d'actions*», un groupe de six articles prévoit l'inscription d'un transfert d'actions dans un registre des transferts de la compagnie et prévoit en outre que nul transfert n'est valable à quelque fin que ce soit «sauf pour constater les droits réciproques des parties à ce transfert» tant qu'il n'a pas été ainsi inscrit dans les registres de la compagnie (art. 39). D'autres dispositions s'appliquent au transfert d'actions cotées à une Bourse, pour lesquelles l'ancien propriétaire conserve le droit de recevoir les avis et les dividendes jusqu'à ce que le transfert soit inscrit dans les livres de la compagnie. D'autres dispositions de cette section de la partie I traitent du paiement, au trésorier de la compagnie, de la contribution en capital requise des actionnaires,

tions on the transfer of shares where the Letters Patent so provide as in the case of companies such as those owning newspapers which must demonstrate a proportion of Canadian ownership according to other federal legislation, and the machinery for the transmission of shares on the company's register in the event of death. These provisions all relate to the corporate recording of shareholdings, the raising of capital by calls upon shareholders, but do not deal (as s. 39 has expressly refrained from doing) with the rights of the parties to a share transfer, as between themselves.

Under the heading of "*Take-over Bids*", noted above, provision is made for the dissemination of the same type of information and in the same general way as provided in connection with proxy solicitation and the dissemination of financial information to shareholders generally elsewhere in the Act. A take-over bid for these purposes is defined as an offer to acquire shareholdings which are in addition to those held by the offeror in the aggregate 10 per cent of the outstanding equity shares of the company. This segment of Part I concludes by providing for the compulsory sale by a minority holding not more than 10 per cent of the outstanding shares of the class affected. This is similar to the clause discussed in connection with *Esso Standard (Inter-America) Inc. v. J. W. Enterprises Inc.*, [1963] S.C.R. 144.

It was into this statutory pattern that ss. 100.4 and 100.5 were inserted along with associated provisions in the group of sections from 100.1 to 100.6. Section 100 from which definitions were set out above had previously required directors and officers of a company and any shareholders controlling more than 10 per cent of the voting shares of a company to report to the secretary of the company any transactions in the company's securities; and all such reports were to be recorded and kept available to shareholders of the company at the company offices and at the Ministry of Con-

des restrictions qu'impose la compagnie au transfert d'actions lorsque les lettres patentes le prévoient, comme dans le cas des compagnies qui possèdent des journaux qui doivent, en vertu d'une autre loi fédérale, établir dans quelle mesure la compagnie est sous contrôle canadien, et du mécanisme de transmission des actions au registre de la compagnie en cas de décès. Ces dispositions se rapportent toutes à l'inscription de la possession des actions dans les registres de la compagnie, à la mobilisation de capitaux par des appels de versement aux actionnaires, mais ne traitent pas (ce que l'art. 39 s'est expressément abstenu de faire) des droits réciproques des parties à un transfert d'actions.

Sous la rubrique «*Offres visant à la prise de contrôle*» susmentionnée, on prévoit la diffusion du même genre de renseignements, et par les mêmes moyens, que ceux prévus ailleurs dans la Loi à l'égard de la sollicitation de procurations et de la diffusion des renseignements d'ordre financier aux actionnaires en général. A ces fins, on définit une offre visant à la prise de contrôle comme étant une offre d'acquérir des actions qui, jointes à celles que détient l'offrant, correspondent au total à 10 pour 100 des actions donnant droit de vote de la compagnie qui sont en circulation. En conclusion, cette section de la partie I prévoit la vente forcée par une minorité qui détient au plus 10 pour 100 des actions de la catégorie visée de la compagnie qui sont en circulation. C'est une disposition similaire à la clause examinée dans l'arrêt *Esso Standard (Inter-America) Inc. c. J.W. Enterprises Inc.*, [1963] R.C.S. 144.

C'est dans ce cadre législatif qu'on a inséré les art. 100.4 et 100.5 ainsi que d'autres dispositions connexes dans le groupe des articles 100.1 à 100.6. L'article 100, d'où sont tirées les définitions déjà citées, exigeait auparavant que les administrateurs et les fonctionnaires d'une compagnie, de même que les actionnaires d'une compagnie qui avaient le contrôle de plus de 10 pour 100 des actions de la compagnie assorties d'un droit de vote, fassent rapport au secrétaire de la compagnie au sujet de toutes leurs opérations portant sur les valeurs de la compagnie; et tous ces rapports devaient être ins-

sumer and Corporate Affairs.

Sections 100 to 100.6 are sometimes referred to as 'insider trading' provisions but there is no such title or division heading in the statute. There are, however, regulations promulgated by order in council under the *Canada Corporations Act*, *supra*, entitled "*Insider Trading Regulations*" which include a group of regulations entitled "Insider Trading". *Vide* SOR/71-125, P.C. 1971-539; March 31, 1971.

The Dominion *Companies Act* was first enacted in 1869 as the *Canada Joint Stock Companies Letters Patent Act*, 1869 (Can.), c. 13. The jurisdictional confrontation which concerns us in the present appeal has been examined by the Courts principally in *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Reference re s. 110 of the Dominion Companies Act*, [1934] S.C.R. 653; *Esso Standard (Inter-America) Inc. v. J. W. Enterprises Inc.*, *supra*; *Letain v. Conwest Exploration Co.* (1960), 23 D.L.R. (2d) 444 (B.C.C.A.); *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260; *Lymburn v. Mayland*, [1932] A.C. 318; *Smith v. The Queen, supra; Morgan and Jacobson v. Attorney General of Prince Edward Island*, [1976] 2 S.C.R. 349.

Reviewing the law up to 1931, F.W. Wegenast, in *The Law of Canadian Companies*, (Toronto, 1931, pp. 38-44) drew up the following summary:

1. The fundamental provisions of the company laws of Canada, that is to say, sections 5, 14, 33, 35 and 37 of the Companies Act, and section 30 of the Interpretation Act are intra vires of the Dominion Parliament.

2. A company incorporated by the Dominion under the above provisions has not merely the capacity but the right to carry out its objects and undertakings in every province of Canada.

crits dans un livre que les actionnaires pouvaient consulter aux bureaux de la compagnie et au ministère de la Consommation et des Corporations.

Les articles 100 à 100.6 sont parfois appelés les dispositions relatives à «l'activité de dirigeant», mais on ne retrouve pas cette rubrique dans la loi. Cependant, un règlement a été proclamé par décret du conseil en vertu de la *Loi sur les corporations canadiennes*, précitée, sous le titre de *Règlement sur l'activité du dirigeant* qui inclut un ensemble de règles intitulées «Activité de dirigeant». Voir DORS/71-125, C.P. 1971-539, le 31 mars 1971.

La *Loi des compagnies* à charte fédérale a été adoptée la première fois en 1869 sous le titre *Acte du Canada sur les compagnies par actions constituées par lettres patentes*, 1869 (Can.), chap. 13. Le conflit de juridiction dont il est question dans le présent pourvoi a été examiné par les cours principalement dans les arrêts *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Reference re s. 110 of the Dominion Companies Act*, [1934] R.C.S. 653; *Esso Standard (Inter-America) Inc. c. J.W. Enterprises Inc.*, précité; *Letain v. Conwest Exploration Co.* (1960), 23 D.L.R. (2d) 444 (C.A.C.-B.); *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260; *Lymburn v. Mayland*, [1932] A.C. 318; *Smith c. The Queen*, précité; *Morgan et Jacobson c. Procureur général de l'Ile-du-Prince-Edouard*, [1976] 2 R.C.S. 349.

Passant en revue le droit applicable jusqu'en 1931 dans *The Law of Canadian Companies*, (Toronto, 1931, aux pp. 38 à 44), F.W. Wegenast a fait le résumé suivant:

[TRADUCTION]

1. Les dispositions fondamentales de la législation canadienne sur les compagnies, c'est-à-dire les articles 5, 14, 33, 35 et 37 de la Loi des compagnies, et l'article 30 de la Loi d'interprétation sont intra vires du Parlement canadien.

2. Une compagnie constituée par le Parlement en vertu des dispositions ci-dessus n'a pas seulement le pouvoir mais le droit de réaliser ses objets et ses entreprises dans chaque province du Canada.

3. The jurisdiction of the Dominion over the regulation of trade and commerce enables it to prescribe to what extent the powers of Dominion trading companies shall be exercisable and what limitations shall be put on such powers.
4. The Dominion is competent to enact company law for its companies, and a Dominion company is not subject to company law enacted by the provinces.

5. Provincial legislation requiring the licensing or registration of a Dominion company by way of determining or regulating its corporate status or as a prerequisite to the exercise of its corporate rights is ultra vires.

6. In determining the category to which any particular enactment belongs the Courts will look to its real nature and effect rather than its form.
7. Provincial statutes if validly enacted, and provincial laws generally, are as binding on Dominion companies as they are on anyone else in the province.

. . .

11. It is competent to a provincial legislature to enact mortmain laws applicable to companies generally.

Propositions 8, 9 and 10 do not concern the issue now before the Court.

It may be stated as a general summation of these authorities that the federal power to establish corporate entities is found in the introductory part of s. 91 (peace, order and good government) and to the extent of granting and controlling corporate powers and objects, at least, under s. 91(2) (trade and commerce) of the *British North America Act*, *supra*. Such corporate entities once set in motion by executive action under the federal company legislation may not be 'sterilized', rendered incompetent, or discriminated against by otherwise competent provincial legislation. Such federal corporate entities are nonetheless subject to the general regulatory power of the provinces operating under valid provincial heads of jurisdiction such as s. 92(13) (property and civil rights) and (16) (local matters). The federal power to incorporate is the obverse side of the provincial power expressly granted by s. 92(11), "The Incorporation of Companies with Provincial Objects"; but not being an enumerated head of s. 91 is

3. La compétence du Canada en matière de réglementation des échanges et du commerce l'autorise à prescrire dans quelle mesure peuvent être exercés les pouvoirs des compagnies commerciales canadiennes et à imposer des limites à ces pouvoirs.
4. Le Canada a compétence pour adopter des lois applicables à ses compagnies et une compagnie canadienne n'est pas assujettie à la législation sur les compagnies adoptée par les provinces.
5. Une loi provinciale qui exige qu'une compagnie canadienne obtienne un permis ou soit enregistrée en déterminant ou en réglementant son statut, ou comme condition préalable à l'exercice de ses droits, est ultra vires.
6. En examinant à quelle catégorie appartient une loi précise, les cours en examinent la nature et la portée véritables plutôt que la forme.
7. Les lois provinciales, si elles sont valablement adoptées, et la législation des provinces en général, lient les compagnies canadiennes comme toute autre personne dans la province.

. . .

11. La législature d'une province a compétence pour adopter des lois de mainmorte applicables aux compagnies en général.

Les énoncés 8, 9 et 10 ne s'appliquent pas à la question en litige en l'espèce.

Pour résumer de manière générale la doctrine et la jurisprudence qui précèdent, on peut dire que le pouvoir du fédéral d'établir des corps constitués se trouve dans le préambule de l'art. 91 (paix, ordre et bon gouvernement) et, dans la mesure tout au moins de l'octroi et de la surveillance des pouvoirs et des objets des compagnies, dans le par. 91(2) (échanges et commerce) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, précité. Une fois mis en place par mesure législative adoptée en vertu de la loi fédérale sur les compagnies, ces corps constitués ne doivent pas être neutralisés, frappés d'incapacité ni être l'objet de discrimination en vertu de lois provinciales par ailleurs valides. Ces corps constitués en vertu de la loi fédérale sont néanmoins assujettis au pouvoir général de réglementation des provinces exercé en vertu de chefs de compétence provinciale valide, comme le par. 92(13) (propriété et droits civils) et le par. 92(16) (matières locales). Le pouvoir fédéral de constituer des compagnies est l'opposé du pouvoir provincial

unsupported by any implied powers.

The general authority given to the Canadian Parliament by the introductory enactments of s. 91 is "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 it is declared, but not so as to restrict the generality of these words, that the exclusive authority of the Canadian Parliament extends to all matters coming within the classes of subjects which are enumerated in the clause. There may, therefore, be matters not included in the enumeration, upon which the Parliament of Canada has power to legislate, because they concern the peace, order, and good government of the Dominion. But to those matters which are not specified among the enumerated subjects of legislation, the exception from s. 92, which is enacted by the concluding words of s. 91, has no application; and, in legislating with regard to such matters, the Dominion Parliament has no authority to encroach upon any class of subjects which is exclusively assigned to provincial legislatures by s. 92. These enactments appear to their Lordships to indicate that the exercise of legislative power by the Parliament of Canada, in regard to all matters not enumerated in s. 91, ought to be strictly confined to such matters as are unquestionably of Canadian interest and importance, and ought not to trench upon provincial legislation with respect to any of the classes of subjects enumerated in s. 92.

(*Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348 (P.C.) (Local Prohibition Case) *per* Lord Watson at p. 360.)

And again:

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 [Emphasis added.]

(*Attorney General for Canada v. Attorney-General for British Columbia*, [1930] A.C. 111 (P.C.) (Fish Canneries case), *per* Lord Tomlin at p. 118.)

accordé expressément par le par. 92(11), «La constitution en corporation de compagnies pour des objets provinciaux», mais n'étant pas expressément mentionné à l'art. 91, il ne s'appuie sur aucun pouvoir tacite.

[TRADUCTION] Le pouvoir général que confère au Parlement canadien la clause introductive de l'art. 91 est celui 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 exclusivement assignés aux législatures des provinces par le présent acte»; il est aussi déclaré, sans toutefois restreindre la généralité de ces termes, que l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés dans cet article. Il peut donc exister des sujets en dehors de l'énumération qui sont de la compétence législative du Parlement du Canada parce qu'il y va de la paix, de l'ordre et du bon gouvernement du Dominion. Mais l'exception à l'art. 92, que l'on trouve à la fin de l'art. 91, ne s'applique pas aux matières qui ne sont pas parmi les sujets de législation énumérés dans cet article. En légiférant sur des sujets qui ne sont pas ainsi énumérés, le Parlement fédéral n'a aucun pouvoir d'empiéter sur une catégorie de sujets exclusivement assignés à la législature provinciale par l'art. 92. Leurs Seigneuries sont d'avis que, d'après ces dispositions législatives, l'exercice par le Parlement canadien du pouvoir de légiférer sur tout sujet non énuméré à l'art. 91 devrait strictement se restreindre aux questions qui sont incontestablement d'importance ou d'intérêt national et n'empiéter sur la législation provinciale à l'égard d'aucune catégorie de sujets énumérés à l'art. 92.

(*Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348 (C.P.) (l'affaire des prohibitions locales), lord Watson, à la p. 360).

De même:

[TRADUCTION] 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. [C'est moi qui souligne.]

(*Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia*, [1930] A.C. 111 (C.P.) (l'affaire des conserveries de poisson), lord Tomlin, à la p. 118.)

In *John Deere Plow Co. v. Wharton*, *supra*, the Court was concerned with a challenge to a provision of the *Companies Act* of British Columbia, R.S.B.C. 1911, c. 39, which required that federally incorporated companies be registered under the provincial act as a condition of carrying on business in the province or of access to the courts of the province. The Privy Council, speaking through Viscount Haldane, concluded that the legislation was *ultra vires* the province and stated (at p. 344):

> . . . the legislation in question really strikes at capacities which are the natural and logical consequences of the incorporation by the Dominion Government of companies with other than provincial objects.

The Privy Council repeated the process in *Great West Saddlery Co.*, *supra*, where like legislation in other provinces was struck down as derogating from the status and consequent capacities conferred by federal law on federal incorporations. In the *Great West Saddlery Co.* case, the Ontario *Mortmain and Charitable Uses Act*, R.S.O. 1914, c. 103, was also challenged. That statute prohibited all corporations from holding real estate in Ontario without statutory licence. The Privy Council found this statute to be valid as one affecting the public generally in the province, and its inclusion of federally incorporated companies was not offensive to the Constitution. Viscount Haldane, in reviewing the principles enunciated in *John Deere Plow Co.* observed (at p. 100):

> Their Lordships, however, observed that when a company has been incorporated by the Dominion Government with powers to trade in any Province it may not the less, consistently with the general scheme, be subject to Provincial laws of general application, such as laws imposing taxes, or relating to mortmain, or even requiring licences for certain purposes, or as to the forms of contracts; but they were careful not to say that the sanctions by which such Provincial laws might be enforced could validly be so directed by the Provincial Legislatures as indirectly to sterilize or even to effect, if the local laws were not obeyed, the destruction of the capacities and powers which the Dominion had validly conferred.

Dans l'arrêt *John Deere Plow Co. v. Wharton*, précité, la cour devait trancher une contestation d'une disposition de la *Companies Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1911, chap. 39, qui exigeait l'enregistrement, en vertu de la loi provinciale, des compagnies constituées sous le régime de la loi fédérale comme condition pour faire affaires dans la province ou avoir accès aux cours de la province. Au nom du Conseil privé, le vicomte Haldane a conclu que la loi était *ultra vires* de la province et il a affirmé (à la p. 344):

> [TRADUCTION] . . . la loi en question s'attaque véritablement aux pouvoirs qui sont les conséquences naturelles et logiques de la constitution, par le gouvernement du Dominion, de compagnies ayant des objets autres que provinciaux.

Le Conseil privé a repris ce principe dans l'arrêt *Great West Saddlery Co.*, précité, dans lequel des lois analogues adoptées par d'autres provinces ont été annulées pour le motif qu'elles portaient atteinte au statut et aux pouvoirs qui en résultent que la loi fédérale attribue aux compagnies fédérales. Dans l'affaire *Great West Saddlery Co.*, on contestait également *The Mortmain and Charitable Uses Act* de l'Ontario, R.S.O. 1914, chap. 103. Cette loi empêchait les compagnies de posséder des immeubles en Ontario sans détenir un permis prévu par la loi. Le Conseil privé a conclu que cette loi était valide puisqu'elle touchait le public en général dans la province, et que l'inclusion qu'elle faisait des compagnies constituées sous le régime de la loi fédérale n'allait pas à l'encontre de la Constitution. Passant en revue les principes énoncés dans l'arrêt *John Deere Plow Co.*, le vicomte Haldane fait remarquer (à la p. 100):

> [TRADUCTION] Toutefois, leurs Seigneuries ont fait observer que lorsqu'une compagnie a été constituée par le gouvernement du Dominion et dotée des pouvoirs de faire du commerce dans toutes les provinces, elle peut néanmoins, conformément à l'économie de l'Acte, être soumise aux lois provinciales d'application générale, comme les lois qui prescrivent des impôts, qui ont trait à la mainmorte, qui exigent des permis à certaines fins ou qui concernent la forme des contrats. Cependant, elles ont eu bien soin de ne pas dire que les sanctions accompagnant la mise en vigueur de ces lois pourraient être validement appliquées par les législatures provinciales de façon à neutraliser indirectement ou même, en cas d'inobservation des lois locales, à annuler les pouvoirs et droits validement conférés par le Dominion.

When the Privy Council came to deal with the constitutional validity of securities legislation in *Lymburn v. Mayland*, *supra*, the foregoing principles were necessarily reviewed in the light of the purported application of the provincial legislation to federally incorporated companies. The statute in question was the Alberta *Securities Frauds Prevention Act* 1930 (Alta.), c. 8, which authorized the Attorney General or his designate to examine any person or company in relation to fraudulent acts, which under the statute were broadly defined. The Privy Council, speaking through Lord Atkin, upheld the validity of the Alberta statute, observing (at p. 324):

> A Dominion company constituted with powers to carry on a particular business is subject to the competent legislation of the Province as to that business and may find its special activities completely paralysed, as by legislation against drink traffic or by the laws as to holding land. If it is formed to trade in securities there appears no reason why it should not be subject to the competent laws of the Province as to the business of all persons who trade in securities.

This Court had occasion to discuss the same constitutional issue in the *Reference re constitutional validity of s. 110 of the Dominion Companies Act*, *supra*, where Duff C.J., after reviewing the foregoing authorities, upheld the federal provision which imposed liability on directors personally where the payment of a dividend rendered the company insolvent or impaired its capital. The delicate balance between company law on the one side and the regulation of security transactions as local matters or property and civil rights on the other side is well illustrated in the present s. 114 of the *Canada Business Corporations Act*, *supra*,—formerly s. 99 of the *Canada Corporations Act*, *supra*. Under this section directors are made personally liable for unpaid wages of the company's employees to a maximum of six months. To date no challenge has been brought against this provision.

Lorsque le Conseil privé a examiné la validité d'une loi sur les valeurs mobilières dans l'affaire *Lymburn v. Mayland*, précitée, les principes qui précèdent ont nécessairement été examinés en fonction de l'application apparente de la loi provinciale aux compagnies constituées sous le régime de la loi fédérale. La loi en question était *The Securities Frauds Prevention Act* de l'Alberta, 1930 (Alb.), chap. 8, qui autorisait le procureur général ou la personne qu'il désignait à interroger toute personne ou tout représentant d'une compagnie concernant des actes frauduleux dont la loi donnait une définition extensive. Lord Atkin, s'exprimant au nom du Conseil privé, a conclu à la validité de la loi de l'Alberta et a fait remarquer (à la p. 324):

> [TRADUCTION] Une compagnie fédérale, constituée dans le but d'exploiter une entreprise particulière, est assujettie à la loi valide de la province concernant ce type d'entreprise et elle peut trouver son activité spécifique complètement paralysée, par exemple par la législation réprimant le trafic des alcools ou par les lois relatives à la propriété foncière. Si elle est constituée pour pratiquer le négoce des valeurs mobilières, il ne semble y avoir aucune raison pour qu'elle ne soit pas assujettie aux lois valides de la province concernant l'entreprise de tous ceux qui se livrent à ce négoce.

Cette Cour a eu l'occasion d'analyser la même question constitutionnelle dans l'arrêt *Reference re constitutional validity of s. 110 of the Dominion Companies Act*, précité, où le juge en chef Duff, après avoir examiné la jurisprudence précitée, a maintenu la disposition fédérale qui imposait aux directeurs une responsabilité personnelle lorsque le paiement d'un dividende rendait la compagnie insolvable ou causait une insuffisance de capital. Le présent art. 114 de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, précitée, (auparavant l'art. 99 de la *Loi sur les corporations canadiennes*, précitée) illustre bien l'équilibre fragile entre, d'une part, le droit corporatif et, d'autre part, la réglementation du commerce des valeurs mobilières, en tant que question d'intérêt local ou de propriété et de droits civils. En vertu de cet article, les administrateurs sont tenus personnellement responsables des salaires dûs aux employés de la compagnie jusqu'à concurrence de six mois de salaire. Jusqu'à maintenant, cette disposition n'a pas été attaquée.

The high ground in this frontier country where the two jurisdictions meet is described from the federal point of view in *Constitutional Law of Canada* (1977), P. W. Hogg, at p. 353:

The incorporation power is the power to bring a company into existence: it obviously authorizes the conferral of legal personality on an association of persons, and it also authorizes all laws of a company law character, for example, the laws pertaining to corporate powers, organization, internal management and financing.

The question is, how much beyond that basic perimeter can federal legislation range before it loses its corporate character and takes on the true identity of valid provincial legislation directed to the regulation of security transactions within the province. Counsel for the Attorney General for Canada at the outset of his presentation to this Court at once disowned any intention to found these sections on any general authority under s. 91(2) to regulate the exchange of securities between persons engaged in interprovincial trade generally and which might, out of commercial necessity, embrace wholly intraprovincial transactions in these same provisions, in short a federal reach akin to that prevailing in the United States for the legislative control of the exchange of securities. The extent of the trade and commerce application advanced on behalf of the Attorney General for Canada was that arising from the judgment in *John Deere Plow Co. v. Wharton*, *supra*, where Viscount Haldane stated at p. 340:

But they think that the power to regulate trade and commerce at all events enables the Parliament of Canada to prescribe to what extent the powers of companies the objects of which extend to the entire Dominion should be exercisable, and what limitations should be placed on such powers. For if it be established that the Dominion Parliament can create such companies, then it becomes a question of general interest throughout the Dominion in what fashion they should be permitted to trade.

The basic corporate existence, that is the objects, corporate powers, its internal government, its rules for the raising of capital, and the classes of securities which it may issue for that purpose,

La zone frontière où se rencontrent les deux juridictions est décrite du point de vue fédéral dans l'ouvrage de P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), à la p. 353:

[TRADUCTION] Le pouvoir de constitution en corporation est le pouvoir de créer une compagnie: il permet manifestement d'accorder la personnalité juridique à une association de personnes et il autorise en outre toutes les lois d'un caractère corporatif, comme par exemple les lois touchant les pouvoirs des compagnies, leur organisation, leur gestion interne et leur financement.

La question est donc de savoir dans quelle mesure les lois fédérales peuvent s'éloigner de ce périmètre de base avant de perdre leur caractère corporatif et d'acquérir l'identité véritable d'une loi provinciale valide visant la réglementation du commerce des valeurs mobilières dans la province. Au début de sa plaidoirie devant cette Cour, le substitut du procureur général du Canada a nié d'emblée toute intention de fonder ces articles sur un pouvoir général quelconque prévu à l'art. 91(2) de réglementer le commerce des valeurs mobilières entre des personnes qui s'adonnent au commerce interprovincial en général, lequel pouvoir pourrait, pour les besoins du commerce, englober dans ces mêmes dispositions des opérations entièrement intraprovinciales, en bref une atteinte fédérale semblable à celle qui prévaut aux Etats-Unis pour le contrôle législatif du commerce des valeurs mobilières. La portée de l'application des échanges et du commerce qu'on a fait valoir au nom du procureur général du Canada est celle qui découle de l'arrêt *John Deere Plow Co. v. Wharton*, précité, où le vicomte Haldane affirme à la p. 340:

[TRADUCTION] Mais ils estiment que le pouvoir de réglementer les échanges et le commerce, en tout état de cause, permet au Parlement canadien de prescrire dans quelle mesure peuvent être exercés les pouvoirs des compagnies dont les objets s'étendent à tout le pays et à quelles limites ils doivent être assujettis. Parce que s'il est établi que le Parlement canadien peut créer ces compagnies, la façon dont elles peuvent exercer leurs activités devient alors une question d'intérêt général dans tout le pays.

L'existence fondamentale de la compagnie, soit ses objets, ses pouvoirs, sa gestion interne, ses règles de mobilisation de capitaux et les catégories de valeurs qu'elle peut émettre à cette fin, ses

its relationship to its creditors, the limitation of liability of shareholders, directors and officers of the company for the actions of the company, are all matters clearly within the federal action when providing by legislation for the creation of legal entities with objects other than "provincial objects" as the expression is employed in s. 92(11) *supra*.

The answer to the issue raised here may be found in approaching the character of valid federal corporate legislation from another direction. I refer to *Esso Standard*, *supra*. That case dealt with s. 128 (later s. 136 of the *Canada Corporations Act*, *supra*, and now s. 199 of the *Canada Business Corporations Act*, *supra*) of the Dominion *Companies Act*, R.S.C. 1952, c. 53, wherein provision is made for the compulsory acquisition of outstanding minority shares (by definition not exceeding 10 per cent) by the holders of the balance of the outstanding capital stock of the company. This provision creates a term attaching to the ownership of such shares and ranks with the other rights and obligations attaching thereto. Such other rights include the rights to receive dividends, to vote generally or under certain circumstances or not at all, and to receive a rateable proportion of the net assets of the company on dissolution. Judson J., speaking for the Court, concluded (at p. 153):

> It is truly legislation in relation to the incorporation of companies with other than provincial objects and it is not legislation in relation to property and civil rights in the province or in relation to any matter coming within the classes of subject assigned exclusively to the legislature of the province. It deals with certain conditions under which a person may become a shareholder or lose his position as a shareholder in such a company and, in my opinion, this case is completely covered by the reasons of this Court in *Reference re constitutional validity of s. 110 of the Dominion Companies Act* [*supra*].

See also *Letain v. Conwest Exploration Co.*, *supra*, for a further illustration of the kind of

rapports avec ses créanciers, la limitation de la responsabilité des actionnaires, des administrateurs et des dirigeants de la compagnie quant aux actions de la compagnie sont toutes des questions auxquelles peut toucher le Parlement fédéral lorsque, par voie législative, il prévoit la création d'entités juridiques ayant des objets autres que des «objets provinciaux» suivant l'expression utilisée au par. 92(11) précité.

On peut trouver la réponse à la question soulevée en l'espèce en envisageant sous un autre angle la nature d'une loi fédérale valide relative aux compagnies. Je me réfère à l'arrêt *Esso Standard*, précité. Cette affaire portait sur l'art. 128 (plus tard l'art. 136 de la *Loi sur les corporations canadiennes*, précitée, et maintenant l'art. 199 de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, précitée) de la *Loi sur les compagnies* à charte fédérale, S.R.C. 1952, chap. 53, qui prévoit l'acquisition obligatoire des actions minoritaires en circulation (qui, par définition, n'excèdent pas 10 pour 100 des actions) par les détenteurs du reste des actions en circulation de la compagnie. Cette disposition assortit d'une condition la propriété de ces actions et se range parmi les autres droits et obligations relatifs à ces actions. Ces autres droits comprennent le droit aux dividendes, le droit de vote en général ou dans certaines circonstances ou l'absence du droit de vote, et le droit de toucher une part proportionnelle de l'actif net de la compagnie au moment de sa dissolution. Le juge Judson, s'exprimant au nom de la Cour, conclut comme suit (à la p. 153):

> [TRADUCTION] Il s'agit véritablement d'une loi qui porte sur la constitution de compagnies ayant des objets autres que provinciaux et ce n'est pas une loi relative à la propriété et aux droits civils dans la province ou relative à des matières tombant dans les catégories de sujets assignés exclusivement à la législature de la province. Elle traite de certaines conditions auxquelles une personne peut devenir un actionnaire ou perdre sa qualité d'actionnaire de cette compagnie et, à mon avis, la solution de cette affaire se retrouve entièrement dans les motifs que cette Cour a prononcés dans l'arrêt *Reference re constitutional validity of s. 110 of the Dominion Companies Act* [précité].

Voir également l'arrêt *Letain v. Conwest Exploration Co.*, précité, pour un autre exemple du genre

regulation pertaining to federal incorporations which the courts have recognized as true corporate legislation.

Because of the constitutional significance of the separation of corporate legislation relating to companies with non-provincial objects, from legislation generally concerned with the regulation of transactions within the province relating to securities and their exchange, it is necessary to examine the precise nature of some legislative provisions as they appear in *The Securities Act* of Ontario, *supra*, including ss. 113 and 114, and formerly in *The Business Corporations Act* of Ontario, *supra*, as ss. 150 and 151.

*The Securities Act* of Ontario

*The Securities Act*, *supra*, made its first appearance as *The Securities Frauds Prevention Act* in 1928, 1928 (Ont.), c. 34. This statute was replaced by another statute with the same title in 1930, 1930 (Ont.), c. 39. The Act bore its present title for the first time in R.S.O. 1937, c. 265. It was reenacted successively in 1945, (1945 (Ont.), c. 22); in 1947 (1947 (Ont.), c. 98); and in 1966 (1966 (Ont.), c. 142). At the time of the commencement of these proceedings the statute appeared as R.S.O. 1970, c. 426. It is convenient to set out ss. 113 and 114, being almost identical in terms with those of ss. 100.4 and 100.5 of the *Canada Corporations Act* already set forth.

**113.**—(1) Every insider of a corporation or associate or affiliate of such insider, who, in connection with a transaction relating to the capital securities of the corporation, makes use of any specific confidential information for his own benefit or advantage that, if generally known, might reasonably be expected to affect materially the value of such securities, is liable to compensate any person or company for any direct loss suffered by such person or company as a result of such transaction, unless such information was known or ought reasonably to have been known to such person or company at the time of such transaction, and is also accountable to the corporation for any direct benefit or advantage received or receivable by such insider, associate, or affiliate, as the case may be, as a result of such transaction.

(2) An action to enforce any right created by subsection 1 may be commenced only within two years after

de règlement se rapportant à la constitution de compagnies fédérales que les cours ont qualifié de véritable loi relative aux compagnies.

A cause de l'importance constitutionnelle de la séparation des lois relatives aux compagnies ayant des objets non provinciaux et des lois qui visent en général la réglementation des opérations intraprovinciales concernant les valeurs mobilières et leur commerce, il est nécessaire d'examiner la nature précise de certaines dispositions législatives qui figurent dans *The Securities Act* de l'Ontario, précitée, dont les art. 113 et 114, et qui étaient auparavant les art. 150 et 151 de *The Business Corporations Act* de l'Ontario, précitée.

*The Securities Act* de l'Ontario

*The Securities Act*, précitée, s'intitulait à l'origine, en 1928, *The Securities Frauds Prevention Act*, 1928 (Ont.), chap. 34. Cette loi a été remplacée en 1930 par une autre loi portant le même titre, 1930 (Ont.), chap. 39. On lui a donné son titre actuel dans R.S.O. 1937, chap. 265. Elle a été adoptée à nouveau successivement en 1945 (1945 (Ont.), chap. 22), en 1947 (1947 (Ont.), chap. 98) et en 1966 (1966 (Ont.), chap. 142). Au moment où les présentes procédures ont été engagées, la loi figurait à R.S.O. 1970, chap. 426. Il convient de citer les art. 113 et 114, dont la formulation est presque identique à celle des art. 100.4 et 100.5 de la *Loi sur les corporations canadiennes* déjà cités.

[TRADUCTION] **113.**—(1) Tout dirigeant d'une société ou tout associé ou affilié du dirigeant qui, à propos d'une opération relative aux valeurs de la société, utilise à son propre profit ou avantage quelque renseignement confidentiel précis qui, s'il était généralement connu, pourrait vraisemblablement affecter d'une manière appréciable la cote de ces valeurs, est tenu d'indemniser toute personne ou société de toute perte directe subie par cette personne ou cette société du fait de cette opération à moins que le renseignement n'ait été connu ou n'eût raisonnablement dû être connu de cette personne ou de cette société au moment de cette opération, et doit également rendre compte à la société de tout profit ou avantage directs obtenus ou à obtenir par ce dirigeant, cet associé ou cet affilié, selon le cas, du fait de l'opération.

(2) Une action visant à faire valoir un droit créé par le paragraphe 1 ne peut être intentée que dans les deux ans

the date of completion of the transaction that gave rise to the cause of action.

**114.**—(1) Upon application by any person or company that was at the time of a transaction referred to in subsection 1 of section 113 or is at the time of the application an owner of capital securities of the corporation, a judge of the High Court designated by the Chief Justice of the High Court may, if satisfied that,

(*a*) such person or company has reasonable grounds for believing that the corporation has a cause of action under section 113; and

(*b*) either,

(i) the corporation has refused or failed to commence an action under section 113 within sixty days after receipt of a written request from such person or company so to do; or

(ii) the corporation has failed to prosecute diligently an action commenced by it under section 113,

make an order, upon such terms as to security for costs and otherwise as to the judge seems fit, requiring the Commission to commence or continue an action in the name of and on behalf of the corporation to enforce the liability created by section 113.

(2) The corporation and the Commission shall be given notice of any application under subsection 1 and has the right to appear and be heard theron.

(3) Every order made under subsection 1 shall provide that the corporation shall co-operate fully with the Commission in the institution and prosecution of such action and shall make available to the Commission all books, records, documents and other material or information known to the corporation or reasonably ascertainable by the corporation relevant to such action.

(4) An appeal lies to the Court of Appeal from an order made under subsection 1.

No argument was raised before this Court as to the validity of *The Business Corporations Act* of Ontario, *supra*, where similar sections appeared. The argument is made by the respondents and by the Attorney General for Canada that the presence of identical provisions to those relied upon in *The Securities Act*, *supra*, is an inferential acknowledgment by the provincial legislature that ss. 92(13) and (16) do not support these provisions, at

qui suivent la date à laquelle s'est terminée l'opération qui a donné naissance à la cause d'action.

**114.**—(1) A la demande de toute personne ou société qui était, au moment de l'opération mentionnée au paragraphe 1 de l'article 113, ou qui est, au moment de la demande, propriétaire de valeurs de la société, un juge de la Haute Cour désigné par le juge en chef de la Haute Cour peut, s'il est convaincu

*a*) que cette personne ou cette société a des raisons de croire que la société est fondée à intenter une action en vertu de l'article 113; et

*b*) que la société a

(i) soit refusé ou omis d'intenter une action en vertu de l'article 113 dans les soixante jours qui ont suivi la réception d'une demande écrite de cette personne ou de cette société à cette fin;

(ii) soit omis de continuer avec diligence une action intentée par elle en vertu de l'article 113,

rendre, selon les modalités de cautionnement pour frais et autres que le juge estime opportunes, une ordonnance enjoignant à la Commission d'intenter une action ou de la continuer au nom et pour le compte de la société, en vue de faire exécuter l'obligation créée par l'article 113.

(2) Il doit être donné avis à la société et à la Commission de toute demande faite en vertu du paragraphe 1 et celles-ci ont le droit de comparaître et d'être entendues à ce sujet.

(3) Toute ordonnance rendue en vertu du paragraphe 1 doit prévoir que la société doit collaborer entièrement avec la Commission aux fins d'intenter et de continuer cette action et doit mettre à la disposition de la Commission tous les livres, registres, documents et autres pièces ou renseignements pertinents à cette action qui sont connus de la société ou qu'elle peut raisonnablement vérifier.

(4) Il peut être interjeté appel à la Cour d'appel d'une ordonnance rendue en vertu du paragraphe 1.

On n'a pas contesté devant cette Cour la validité de *The Business Corporations Act* de l'Ontario, précitée, où figuraient des articles semblables. Les intimés et le procureur général du Canada font valoir que la présence de dispositions identiques à celles sur lesquelles on se fonde dans *The Securities Act*, précitée, est une reconnaissance indirecte par le législateur provincial que les par. 92(13) et (16) n'étayent pas ces dispositions, du moins dans

least to the extent that they are applicable to federal companies.

Some reference to the range of regulation found in *The Securities Act* of Ontario, *supra*, is helpful. Section 1(1)22 defines "security" very generally, as including:

i. any document, instrument or writing commonly known as a security,

ii. any document constituting evidence of title to or interest in the capital, assets, property, profits, earnings or royalties of any person or company,

iii. any document constituting evidence of an interest in an association of legatees or heirs,

iv. any document constituting evidence of an option, subscription or other interest in or to a security,

v. any bond, debenture, share, stock, note, unit, unit certificate, participation certificate, certificate of share or interest, pre-organization certificate or subscription,

vi. any agreement providing that money received will be repaid or treated as a subscription to shares, stock, units or interests at the option of the recipient or of any person or company,

vii. any certificate of share or interest in a trust, estate or association,

viii. any profit-sharing agreement or certificate,

ix. any certificate of interest in an oil, natural gas or mining lease, claim or royalty voting trust certificate,

x. any oil or natural gas royalties or leases or fractional or other interest therein,

xi. any collateral trust certificate,

xii. any income or annuity contract not issued by an insurance company or an issuer within the meaning of *The Investment Contracts Act*,

xiii. any investment contract, other than an investment contract within the meaning of *The Investment Contracts Act*, and

xiv. any document constituting evidence of an interest in a scholarship or educational plan or trust,

la mesure où elles s'appliquent aux compagnies fédérales.

Il est utile de se référer au champ de réglementation qu'on trouve dans *The Securities Act* de l'Ontario, précitée. L'alinéa 1(1)22 définit *security* (valeur) de manière très générale, comme comprenant:

[TRADUCTION]

i. un document, titre ou écrit appelé habituellement valeur mobilière,

ii. un document qui constitue la reconnaissance d'un titre de propriété sur le capital, l'actif, les biens, les profits, les revenus et les redevances d'une personne ou d'une société,

iii. un document qui constitue la preuve d'un droit à une association de légataires ou d'héritiers,

iv. un document qui constitue la preuve d'une option, d'une souscription ou d'un autre droit relativement à une valeur mobilière,

v. une obligation, une débenture, une action, une valeur, un billet, une unité, un certificat d'unité, un certificat de participation, un certificat d'action ou de titre, une souscription ou un certificat antérieurs à l'établissement,

vi. un accord prévoyant qu'une somme reçue sera remboursée ou considérée comme une souscription à des actions, à des valeurs, à des unités ou à des titres au choix du bénéficiaire ou d'une personne ou société,

vii. un certificat d'action ou de participation dans une fiducie, une succession ou une association,

viii. un accord ou un certificat prévoyant le partage des profits,

ix. un certificat de participation dans une concession pétrolière, gazière ou minière, un titre de créance ou un certificat de redevances avec droit de vote fiduciaire,

x. des redevances ou des concessions pétrolières ou gazières ou un droit fractionnaire ou autre y relatif,

xi. une obligation garantie par nantissement de titres,

xii. un contrat de revenu ou de rente non délivré par une compagnie d'assurances ou un émetteur au sens de *The Investment Contracts Act*,

xiii. un contrat de placement, autre qu'un contrat de placement au sens de *The Investment Contracts Act*, et

xiv. un document qui constitue la preuve d'un droit à une bourse d'études ou à un régime ou fiducie relatifs aux études,

whether any of the foregoing relate to a person, proposed company or company, as the case may be.

This definition does not appear to extend, as we shall see, into the particular segment of the statute with which we are here concerned.

Provincial securities legislation has been the subject of judicial comment over the years and important discussions of this facet of provincial jurisdiction under the *British North America Act, supra*, are to be found in *Lukey v. Ruthenian Farmers' Elevator Co.*, [1924] S.C.R. 56; *Lymburn v. Mayland, supra*; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada, supra*; *Gregory & Company Inc. v. Quebec Securities Commission*, [1961] S.C.R. 584; *Pacific Coast Coin Exchange of Canada Ltd. v. Ontario Securities Commission*, [1978] 2 S.C.R. 112. The main thrust of these statutes, which are to be found in the laws of every province, is, in my view, well described by Lord Atkin writing in *Lymburn v. Mayland, supra*, at p. 324:

> There is no reason to doubt that the main object sought to be secured in this part of the Act is to secure that persons who carry on the business of dealing in securities shall be honest and of good repute, and in this way to protect the public from being defrauded.

and on p. 326 (after describing the registration requirements before corporate securities may be offered to the public) His Lordship added:

> The provisions of this part of the Act may appear to be far-reaching; but if they fall, as their Lordships conceive them to fall, within the scope of legislation dealing with property and civil rights the legislature of the Province, sovereign in this respect, has the sole power and responsibility of determining what degree of protection it will afford to the public. There appears to be no reason for excluding Dominion companies from the inquiries of the Attorney-General under this section; and no inconsistency between this legislation and the powers of inquiry under the Dominion Companies Act made on application of members of a company and for a limited purpose—namely, the investigation of the affairs of the company. Their Lordships are unable to agree with the view which was adopted by the Appellate Division that in respect of the subject-matter under discussion the

peu importe qu'ils se rapportent à une personne, à un projet de société ou à une société, selon le cas.

Cette définition ne semble pas s'appliquer, comme nous le verrons, à la partie précise de la loi qui nous intéresse en l'espèce.

Au fil des ans, les lois provinciales portant sur les valeurs mobilières ont été commentées par les cours et on trouve des analyses importantes de cet aspect de la compétence provinciale prévue dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, précité, dans les arrêts *Lukey c. Ruthenian Farmers' Elevator Co.*, [1924] R.C.S. 56; *Lymburn v. Mayland*, précité; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, précité; *Gregory & Company Inc. c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1961] R.C.S. 584; *Pacific Coast Coin Exchange of Canada Ltd. c. Commission des valeurs mobilières de l'Ontario*, [1978] 2 R.C.S. 112. L'objet principal de ces lois, qu'on trouve dans toutes les provinces, est à mon avis bien décrit par lord Atkin dans *Lymburn v. Mayland*, précité, à la p. 324:

> [TRADUCTION] Il n'y a pas de raison de douter du fait que cette partie de la loi a pour objet principal d'assurer que ceux qui se livrent au négoce des valeurs mobilières sont honnêtes et de bonne réputation et de protéger ainsi le public contre la fraude.

et à la p. 326 (après avoir décrit les exigences en matière d'enregistrement auxquelles on doit satisfaire pour que les valeurs mobilières des sociétés puissent être offertes au public) Sa Seigneurie ajoute:

> [TRADUCTION] Les dispositions de cette partie de la loi peuvent sembler avoir une grande portée; toutefois, si elles s'inscrivent, comme leurs Seigneuries le pensent, dans le cadre des lois relatives à la propriété et aux droits civils, la législature provinciale, souveraine en ce domaine, est la seule à avoir le pouvoir et la responsabilité de déterminer quel degré de protection elle veut assurer au grand public. Il semble n'y avoir aucune raison d'exclure les compagnies fédérales des enquêtes du procureur général en vertu de cet article, ni aucune incompatibilité entre cette législation et les pouvoirs conférés par la Loi sur les compagnies à charte fédérale de faire enquête à la demande de membres d'une compagnie et ce, à une fin déterminée, savoir l'examen des affaires de la compagnie. Leurs Seigneuries ne sauraient partager l'opinion adoptée par la Division d'appel, selon

legislature of the Province has only a limited right to require information.

These comments are repeated in *Gregory & Company Inc. v. Quebec Securities Commission, supra*, at p. 590.

The securities legislation of the Province of Manitoba came before the courts in *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada, supra*, and was held to be invalid because the Manitoba statute seriously impaired the federal company's capacity to raise capital through the sale of shares. Lord Atkin in the *Lymburn* case, *supra*, distinguished the Manitoba case with a comment at pp. 324-25:

As to the issue of capital there is no complete prohibition, as in the *Manitoba* case [*supra*] in 1929;

The law was not always so on this subject. In *Lukey v. Ruthenian Farmers' Elevator Co., supra*, a majority of the court found *ultra vires* a Saskatchewan statute which required any company seeking to sell securities in the province to register and to file financial and other information concerning its operations, present and planned, with provincial authorities. Duff J., as he then was, at p. 72 equated the powers of a company to enter into contracts and to invoke the jurisdiction of the courts, with the power to acquire capital by selling its shares.

The opposite result is attained in *Lymburn, supra*, where the Privy Council acknowledges (as did Duff J. in *Lukey, supra*) that dominion companies are subject always to provincial legislation of general application in relation to civil rights. The provincial statute was found to be valid though it precluded a public company (without exempting therefrom federally incorporated companies) from selling shares unless registered under the Act. An absolute prohibition of the sale of shares by a federally incorporated company would of course be something quite different (*vide Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada, supra*).

laquelle, en ce qui concerne les matières en cause, la législature provinciale n'a qu'un droit limité d'exiger des renseignements.

L'arrêt *Gregory & Company Inc. c. Quebec Securities Commission*, précité, reprend ces observations à la p. 590.

Dans l'affaire *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, précitée, la loi des valeurs mobilières de la province du Manitoba a été soumise aux cours qui l'ont déclarée invalide parce qu'elle portait gravement atteinte au pouvoir des compagnies fédérales de mobiliser des capitaux par la vente d'actions. Dans l'arrêt *Lymburn*, précité, lord Atkin a fait la distinction avec l'affaire *Manitoba* en formulant l'observation suivante, aux pp. 324 et 325.

[TRADUCTION] Quant à l'émission du capital-actions, il n'y a pas d'interdiction complète comme dans l'affaire *Manitoba* [précitée] de 1929.

Le droit n'a pas toujours été le même à ce sujet. Dans l'arrêt *Lukey c. Ruthenian Farmers' Elevator Company*, précité, la Cour à la majorité a déclaré *ultra vires* une loi de la Saskatchewan qui exigeait d'une compagnie qui voulait vendre des valeurs mobilières dans la province qu'elle s'enregistre et qu'elle produise aux autorités provinciales des renseignements d'ordre financier et autre concernant ses opérations actuelles ou projetées. A la page 72, le juge Duff, alors juge puîné, a assimilé le pouvoir d'une compagnie de se lier par contrat et de recourir aux tribunaux, au pouvoir de mobiliser des capitaux par la vente de ses actions.

On a obtenu un résultat contraire dans l'arrêt *Lymburn*, précité, où le Conseil privé reconnaît (comme l'a fait le juge Duff dans l'arrêt *Lukey*, précité) que les compagnies à charte fédérale sont toujours assujetties aux lois provinciales d'application générale concernant les droits civils. On a déclaré la loi provinciale valide même si elle interdisait à une compagnie publique (sans exception pour les compagnies constituées en vertu de la loi fédérale) de vendre des actions à moins d'être enregistrée en vertu de la loi. Il en serait bien autrement d'une interdiction absolue de la vente d'actions par une compagnie constituée en vertu de la loi fédérale (voir *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, précité).

The jurisprudence was reconciled thus by Jacob S. Ziegel in "Constitutional Aspects of Canadian Companies" in *Studies in Canadian Company Law* (1967), vol. 1, at p. 167:

> Securities legislation clearly has a double character. It is designed to protect the public against false or misleading prospectuses and the manipulations of unscrupulous persons on the one hand, and on the other hand it may also determine the extent to which Dominion companies are free to raise capital for their businesses. The latter character brings the legislation within the company law field because, as the Privy Council pointed out in *A.-G. Manitoba v. A.-G. Canada* [*supra*], the capacity of a Dominion company to raise capital through the sale of its shares is essential to its corporate status. If therefore the provincial legislation seriously impairs the company's freedom in this respect (as determined by its incorporating Act), it is invalid. It had this effect in the case of the Manitoba legislation but not in the case of the Alberta legislation. Hence the reason for the different holdings of the Privy Council.

While much of our statute law in the field of securities regulation originated in and was influenced by United States legislation, little help is to be secured from an examination of the authorities in that country. The *Securities Act of 1933*, the *Securities Exchange Act of 1934* and the rising influence thereafter of the Securities Exchange Commission were the beginnings of modern securities transactions controls. Its constitutional base in the interstate commerce clause launched it on a course which has not been followed in our constitutional development. There is, however, some useful discussion, albeit without constitutional significance in the United States, of the nature and purpose of corporate securities legislation. A description of this kind of legislation found in the Court of Appeal for the District of Columbia in *American Sumatra Tobacco Corp. v. Securities and Exchange Commission*, 110 F. 2d 117 (U.S.C.A. (D.C.), 1940):

> The general principle underlying this requirement is as apparent to the layman as to the expert, and grows out of scandals resulting from past frequent manipulation of

Dans un article intitulé «Constitutional Aspects of Canadian Companies» publié dans *Studies in Canadian Company Law* (1967), vol. 1, à la p. 167, Jacob S. Ziegel a concilié comme suit la jurisprudence:

> [TRADUCTION] Il est évident que les lois sur les valeurs mobilières ont un caractère double. Elles visent d'une part la protection du public contre les prospectus erronés ou trompeurs et les agissements de personnes sans scrupules, et d'autre part elles peuvent en outre établir dans quelle mesure les compagnies à charte fédérale sont libres de mobiliser des capitaux pour leurs entreprises. Ce dernier caractère fait entrer la loi dans le domaine du droit corporatif puisque, comme l'a fait remarquer le Conseil privé dans l'arrêt *A.-G. Manitoba v. A.-G. Canada* [précité], le pouvoir d'une compagnie à charte fédérale de mobiliser des capitaux par la vente de ses actions est indispensable à son statut de compagnie. Si, par conséquent, la loi provinciale porte gravement atteinte à la liberté dont jouit la compagnie à cet égard (comme le prévoit la loi en vertu de laquelle elle est constituée), elle est invalide. La loi du Manitoba a eu cet effet mais non la loi de l'Alberta. C'est ce qui explique les conclusions différentes du Conseil privé.

Bien qu'une partie importante de nos textes de loi en matière de réglementation des valeurs mobilières tire son origine des textes de loi américains qui les ont influencés, l'examen de la jurisprudence de ce pays n'est pas d'un grand secours. La *Securities Act of 1933*, la *Securities Exchange Act of 1934* et l'influence croissante qu'a eu par la suite la Securities Exchange Commission sont à la source de la réglementation actuelle du commerce des valeurs mobilières. Le fondement constitutionnel de ces lois dans la clause relative au commerce entre Etats les a placés sur une voie que n'a pas suivie notre évolution constitutionnelle. On y trouve cependant certaines analyses utiles, bien que sans importance constitutionnelle aux Etats-Unis, de la nature et de l'objet des lois sur les valeurs mobilières des compagnies. L'arrêt *American Sumatra Tobacco Corp. v. Securities and Exchange Commission*, 110 F. 2d 117 (U.S.C.A.(D.C.), 1940), de la Cour d'appel du district de Columbia donne une description d'une loi de ce genre:

> [TRADUCTION] Le principe général sous-jacent à cette exigence est aussi évident pour le profane que pour l'expert et provient des scandales découlant de manipu-

securities by the "insider", to the detriment of the investor. To correct these abuses, no one doubts, was in the public interest, and while nothing unfair or improper is imputed to petitioner, the question whether its case presents such positive equities as entitles it to be excepted from the general rule is, after all, the only question for decision.

. . .

The main purpose of the Act is to insure the maintenance of fair and honest markets in transactions in securities on national exchanges.

(*Per* Groner C.J. at pp. 120 and 121.)

One finds in *Smolowe v. Delendo Corporation*, 36 F. Supp. 790 (D.C., S.D.N.Y., 1940) a discussion of insider trading provisions similar to those before this Court on this appeal.

The specific section (Subdivision (b) of Section 16) upon which this suit is founded gives the corporation (or those suing in behalf thereof) the right to recover from "insiders" any profit which the "insiders" may make by trading operations in their corporation's stock within a period of 6 months.

It is clear from the foregoing that the public interest is vitally affected by this statute not only in its entirety but with that particular portion which is now in controversy.

(*Per* Mandelbaum D.J. at p. 792.)

The similarity between the discussions in these courts and that in the Privy Council in *Lymburn*, *supra*, is remarkable.

Before turning to the precise nature of the regulations of securities found in ss. 113 and 114 it is well to pause and examine the legislative context in which these sections are found. The Ontario statute is a lengthy and comprehensive regulatory plan for the control and regulation of the trading within the province of securities of a wide nature and variety, comprising at the time these proceedings were commenced some 150 sections divided into 14 parts. The statute commences with the establishment of a requirement that all persons engaged in trading and securities must be registered under the Act. A Commission is established

lations antérieures fréquentes des valeurs mobilières par les «dirigeants» au détriment des investisseurs. Il est évident qu'il était dans l'intérêt public de mettre fin à ces abus et même si on ne reproche au requérant aucun acte injuste ou répréhensible, la seule question qu'il faut trancher est celle de savoir si son cas présente des circonstances qui lui permettent d'être exempt de l'application de la règle générale.

. . .

La Loi a pour objet principal d'assurer le maintien de marchés justes et honnêtes dans les opérations portant sur les valeurs mobilières sur les marchés boursiers nationaux.

(Le juge en chef Groner, aux pp. 120 et 121.)

Dans l'arrêt *Smolowe v. Delendo Corporation*, 36 F. Supp. 790 (D.C., S.D.N.Y., 1940), on a analysé des dispositions concernant les opérations des dirigeants semblables à celles soumises à cette Cour en l'espèce.

[TRADUCTION] La disposition précise (l'alinéa b) de l'article 16) en vertu de laquelle cette poursuite est intentée donne à la compagnie (ou à ceux qui poursuivent en son nom) le droit de recouvrer des «dirigeants» les profits qu'ils ont réalisés par des opérations sur le capital-actions de leur compagnie au cours d'une période de 6 mois.

Il ressort clairement de ce qui précède que l'intérêt public est hautement concerné par cette loi non seulement dans son ensemble mais aussi par cette disposition précise qui est maintenant contestée.

(Le juge de district Mandelbaum, à la p. 792.)

La similitude entre les questions examinées par ces cours et celles examinées par le Conseil privé dans l'arrêt *Lymburn*, précité, est frappante.

Avant de se pencher sur la nature même de la réglementation des valeurs mobilières que l'on trouve aux art. 113 et 114, il convient de s'arrêter à l'examen du contexte législatif dans lequel se situent ces articles. La loi ontarienne est un ensemble législatif long et détaillé qui porte sur le contrôle et la réglementation, dans la province, du commerce des valeurs mobilières de toutes sortes; au moment où les présentes procédures ont été engagées, elle comportait quelque 150 articles distribués dans 14 parties. La Loi commence par poser l'exigence que toute personne qui s'adonne au commerce des valeurs mobilières soit enregis-

"for the administration of this Act". Parts VII and VIII are devoted to "trading in the course of primary distribution to the public" and to "trading in securities generally" respectively. Part VII is of course directed primarily to the regulation of the sale of securities for the raising of corporate funds; Part VIII covers transactions in securities at the time of issuance and thereafter. Stock exchanges in the province are of course made a part of the regulatory pattern established in the statute. Part IX is concerned with the purchase and sale of securities in connection with an attempt by "take-over bid" to acquire control of a substantial block of the outstanding equity shares of a company. Provisions are found in this Part for the protection of stockholders against unfair practices by persons seeking to obtain their securities as part of such an enterprise. A somewhat related aspect of the securities business is the subject of regulation in Part X, "Proxies and Proxy Solicitation". Again the thrust of the group of sections devoted to this subject is the ensurance that adequate information is supplied to the holders of securities by the management of the company or the solicitor for proxies so as to enable the holder of the securities to make an informed judgment before appointing an agent to exercise his or her voting rights in the company. Part XII entitled "Financial Disclosure" is directed at the audit information made available by a company to its security holders. The form and content of the financial statements of corporations who have filed a security with the Commission or whose stock is trading on a stock exchange in Ontario is precisely regulated in this Part. Part XI, with which we are concerned, is entitled "Insider Trading" and it is in this part that ss. 113 and 114 are found. Section 109(1) defines the meaning of two terms which appear in these sections:

**109.**—(1) In this Part,

(*a*) "capital security" means any share of any class of shares of a company or any bond, debenture,

trée en vertu de la Loi. Elle établit une commission [TRADUCTION] «chargée de l'application de la Loi». Les parties VII et VIII traitent respectivement des [TRADUCTION] «opérations au cours de la distribution primaire au public» et du [TRADUCTION] «commerce des valeurs mobilières en général». Bien entendu, la partie VII vise d'abord la réglementation de la vente des valeurs mobilières permettant aux compagnies de réunir des fonds; la partie VIII traite des opérations sur les valeurs mobilières à compter de leur émission. Le système de réglementation que crée la Loi porte bien sûr en partie sur les marchés boursiers dans la province. La partie IX porte sur l'achat et la vente de valeurs mobilières dans le cadre d'une tentative, par [TRADUCTION] «offre visant la prise de contrôle», de prise de contrôle ou d'acquisition d'une tranche importante des actions en circulation d'une compagnie. Cette partie renferme des dispositions qui visent la protection des actionnaires contre les pratiques déloyales de personnes qui cherchent à acquérir leurs actions dans le cadre d'une telle entreprise. La partie X vise la réglementation d'un sujet qui s'apparente au commerce des valeurs mobilières, soit [TRADUCTION] «Procurations et sollicitations de procurations». Là encore, l'objet des articles consacrés à ce sujet est d'assurer que la direction de la société ou la personne qui sollicite des procurations informent adéquatement les détenteurs d'actions pour leur permettre de porter un jugement éclairé avant de confier l'exercice de leur droit de vote dans la société à un mandataire. La partie XII intitulée [TRADUCTION] «Divulgation de renseignements financiers» vise les rapports de vérification qu'une société met à la disposition de ses actionnaires. Cette partie réglemente de façon précise la forme et le contenu des renseignements d'ordre financier des sociétés qui ont déposé un cautionnement auprès de la Commission ou dont les valeurs sont offertes en vente à une bourse en Ontario. La partie XI, dont il est question en l'espèce, s'intitule [TRADUCTION] «Opérations des dirigeants» et renferme les art. 113 et 114. Le paragraphe 109(1) définit deux expressions qui figurent dans ces articles:

[TRADUCTION] **109.**—(1) Dans la présente partie,

*a*) «valeur» désigne une action de l'une quelconque des catégories d'actions d'une société ou une

note or other obligation of a company, whether secured or unsecured;

. . .

(*c*) "insider" or "insider of a corporation" means,

(i) any director or senior officer of a corporation,

(ii) any person or company who beneficially owns, directly or indirectly, equity shares of a corporation carrying more than 10 per cent of the voting rights attached to all equity shares of the corporation for the time being outstanding, provided that in computing the percentage of voting rights attached to equity shares owned by an underwriter there shall be excluded any equity shares that have been acquired by him as underwriter in the course of distribution to the public of such shares, but such exclusion ceases to have effect on completion or cessation of the distribution to the public by him, or

(iii) any person or company who exercises control or direction over the equity shares of a corporation carrying more than 10 per cent of the voting rights attached to all equity shares of the corporation for the time being outstanding.

(2) For the purposes of this Part,

(*a*) every director or senior officer of a company that is itself an insider of a corporation shall be deemed to be an insider of such corporation; and

(*b*) the acquisition or disposition by an insider of a put, call or other transferable option with respect to a capital security shall be deemed a change in the beneficial ownership of the capital security to which such transferable option relates.

obligation, une débenture, un billet ou un autre titre d'une société, garanti ou non;

. . .

*c*) «dirigeant» ou «dirigeant d'une société» désigne

(i) un administrateur ou un cadre supérieur d'une société,

(ii) une personne ou une société qui est directement ou indirectement propriétaire bénéficiaire d'actions d'une société qui donnent plus de 10 pour 100 des droits de vote relatifs à toutes les actions donnant droit de vote de la société et qui sont en circulation à l'époque considérée; toutefois, dans le calcul du pourcentage des droits de vote relatifs aux actions donnant droit de vote dont un souscripteur à forfait est propriétaire, doivent être exclues toutes les actions qui ont été acquises par lui à titre de souscripteur à forfait au cours de la distribution de ces actions au public; cette exclusion cesse lorsque cette distribution au public effectuée par lui a été achevée ou qu'elle a cessé, ou

(iii) une personne ou une société qui exerce un contrôle sur les actions d'une société qui donnent plus de 10 pour 100 des droits de vote relatifs à toutes les actions donnant droit de vote de la société qui sont en circulation à l'époque considérée.

(2) Aux fins de la présente partie,

*a*) chacun des directeurs ou des cadres supérieurs d'une société qui est elle-même un dirigeant d'une société est censé être un dirigeant de cette dernière société; et

*b*) l'acquisition ou l'aliénation par un dirigeant d'une prime directe ou indirecte ou autre prime cessible relativement à une valeur est censée être une mutation du droit de propriété réelle de la valeur à laquelle se rapporte cette prime cessible.

The scheme of these sections requires a person on becoming an insider as defined in the Act to file a report on his or her shareholdings of the company with the Commission and thereafter to report all changes in the insider's security holdings in the company. By reason of the combination of s. 109(1)(*b*) and s. 101(*a*)(iii) of the Act Ontario corporations are exempted from ss. 113 and 114. However, sections identical to these sections were simultaneously introduced into *The Corporations*

L'ensemble de ces articles prescrit que, lorsqu'elle devient un dirigeant au sens de la Loi, une personne doit produire à la Commission un rapport sur les actions de la société qu'elle détient et, par la suite, faire rapport de tout changement concernant les valeurs de la société que le dirigeant détient. De par la combinaison de l'al. 109(1)*b*) et du sous-al. 101*a*)(iii) de la Loi, les art. 113 et 114 ne s'appliquent pas aux sociétés ontariennes. Cependant, des dispositions identiques à ces der-

*Act*, R.S.O. 1960, c. 71, by 1966 (Ont.), c. 28, s. 3 and appear in that Act (R.S.O. 1970, c. 89) as ss. 77 and 78. With the introduction of *The Business Corporations Act*, *supra*, in 1970, identical provisions appeared in ss. 150 and 151. It was argued by the respondents and counsel for the Attorney General for Canada that the inclusion of these provisions in *The Business Corporations Act*, *supra*, and *The Corporations Act* of Ontario, *supra*, is a recognition by the legislature that these are in essence legislative measures relating to companies and their incorporation rather than *bona fide* regulations for the trading of securities in the province. Whether this practice was adopted for simple and efficient executive housekeeping, convenience of administration, or for some other reason, the province either has the jurisdiction to enact these provisions or it has not. The legislative pigeon-hole into which these provisions are placed by the legislature cannot somehow destroy or surrender such jurisdiction, if the province indeed has it. There can be no loss or acquisition of legislative jurisdiction by something akin to estoppel or administrative practice. There can be no doubt that the province may, in whatever statute it desires, make these provisions applicable to its incorporations. In any case one might note that these provisions are no longer found in *The Business Corporations Act*, *supra*, (repealed by 1978 (Ont.), c. 49, s. 6). Companies incorporated provincially under this legislation are now subject to the general regime of the reenacted *Securities Act* 1978 (Ont.), c. 47, where the insider provisions are found in ss. 131 and 132.

The key to the reconciliation of the two corporate legislations and proper security law is found in *Lymburn v. Mayland*, *supra*, where Lord Atkin stated (at pp. 324-25):

> Incidentally the net has been drawn so wide as to cover the issue of shares by a public company, with the result that a company cannot issue its shares to the public unless for that purpose it employs a registered broker or

nières ont été introduites simultanément dans *The Corporations Act*, R.S.O. 1960, chap. 71, par 1966 (Ont.), chap. 28, art. 3 et forment dans cette loi (R.S.O. 1970, chap. 89) les art. 77 et 78. Avec l'adoption de *The Business Corporations Act*, précitée, en 1970, des dispositions identiques ont été introduites aux art. 150 et 151. Les intimés et le substitut du procureur général du Canada ont fait valoir que l'insertion de ces dispositions dans *The Business Corporations Act*, précitée, et *The Corporations Act* de l'Ontario, précitée, équivaut, pour le législateur, à reconnaître que ce sont essentiellement des mesures législatives concernant les sociétés et leur constitution et non de véritables dispositions visant la réglementation du commerce des valeurs mobilières dans la province. La province a ou n'a pas compétence pour adopter ces dispositions selon que ces mesures ont été adoptées aux fins d'une gestion simple et efficace, pour les commodités de l'administration ou pour quelque autre raison. Le fait que le législateur compartimente ces dispositions ne peut en aucune façon détruire ou abolir cette compétence, si la province la possède effectivement. On ne peut, par quelque chose qui s'apparente à une fin de non-recevoir ou à une pratique administrative, perdre ou acquérir une compétence législative. Il n'y a pas de doute que la province peut, à sa discrétion, dans quelque texte de loi que ce soit, rendre ces dispositions applicables aux sociétés constituées en vertu de ses lois. De toute façon, on pourrait remarquer que ces dispositions ne figurent plus dans *The Business Corporations Act*, précitée, (abrogée par 1978 (Ont.), chap. 49, art. 6). Les sociétés constituées en vertu de cette loi provinciale sont maintenant assujetties au régime général de *The Securities Act*, 1978 (Ont.), chap. 47, adoptée à nouveau, dans laquelle les dispositions relatives aux dirigeants se trouvent aux art. 131 et 132.

La clé de la conciliation des deux lois relatives aux compagnies et de la loi applicable aux valeurs mobilières se trouve dans l'arrêt *Lymburn v. Mayland*, précité, où lord Atkin affirme (aux pp. 324 et 325):

> [TRADUCTION] Soit dit en passant, le filet a été suffisamment déployé pour recouvrir jusqu'à l'émission d'actions par une compagnie publique, de sorte qu'une compagnie ne peut offrir une émission d'actions au public

salesman, or unless the company itself is registered. It is said that these provisions so far as they affect Dominion companies are ultra vires according to the principles adopted by this Board in *John Deere Plow Co., v. Wharton*, [*supra*]; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [*supra*]; and *Att.-Gen. for Manitoba v. Att.-Gen. for Canada*, [*supra*]. In those cases there was a general prohibition to companies either to trade at all or to issue their capital unless the company was registered. The legislation was held ultra vires because the legislative powers of the Province are restricted so that "the status and powers of a Dominion Company as such cannot be destroyed" (*John Deere Plow Co.* case, [*supra*]) and legislation will be invalid if a Dominion company is "sterilized in all its functions and activities" or "its status and essential capacities are impaired in a substantial degree" (*Great West Saddlery Co.* case, [*supra*]). It appears to their Lordships impossible to bring this legislation within such a principle. A Dominion company constituted with powers to carry on a particular business is subject to the competent legislation of the Province as to that business and may find its special activities completely paralysed, as by legislation against drink traffic or by the laws as to holding land. If it is formed to trade in securities there appears no reason why it should not be subject to the competent laws of the Province as to the business of all persons who trade in securities. As to the issue of capital there is no complete prohibition, as in the *Manitoba* case [*supra*] in 1929; and no reason to suppose that any honest company would have any difficulty in finding registered persons in the Province through whom it could lawfully issue its capital. There is no material upon which their Lordships could find that the functions and activities of a company were sterilized or its status and essential capacities impaired in a substantial degree.

sans employer à cette fin un courtier ou un vendeur enregistré, ou sans l'être elle-même. On affirme que ces dispositions, dans la mesure où elles s'appliquent aux compagnies fédérales, sont *ultra vires* en raison des principes énoncés par la présente chambre dans les arrêts *John Deere Plow Co. v. Wharton* [précité], *Great West Saddlery Co. v. The King* [précité] et *Att.-Gen. for Manitoba v. Att.-Gen. for Canada* [précité]. Ces affaires portaient sur l'interdiction générale faite à des compagnies soit de vendre quoi que ce soit soit d'émettre leur capital sans être d'abord enregistrées. La législation a été déclarée *ultra vires*, parce que les pouvoirs législatifs de la province sont limités de telle façon que «le statut et les pouvoirs d'une compagnie fédérale ne peuvent être ainsi anéantis» (voir l'arrêt *John Deere Plow Co.* [précité]) et une loi sera invalide si une compagnie fédérale est «paralysée dans ses fonctions et dans son activité» ou si «son statut et ses pouvoirs essentiels sont radicalement amoindris» (voir l'arrêt *Great West Saddlery Co.* [précité]). Il semble impossible à leurs Seigneuries d'appliquer un tel principe à la présente législation. Une compagnie fédérale, constituée dans le but d'exploiter une entreprise particulière, est assujettie à la loi valide de la province concernant ce type d'entreprise et elle peut trouver son activité spécifique complètement paralysée, par exemple par la législation réprimant le trafic des alcools ou par les lois relatives à la propriété foncière. Si elle est constituée pour pratiquer le négoce des valeurs mobilières, il semble n'y avoir aucune raison pour qu'elle ne soit pas assujettie aux lois valides de la province concernant l'entreprise de tous ceux qui se livrent à ce négoce. Quant à l'émission du capital-actions, il n'y a pas d'interdiction complète comme dans l'affaire *Manitoba* [précitée] de 1929, et il n'y a pas lieu de supposer qu'une compagnie de bonne foi aurait de la peine à trouver dans la province des personnes enregistrées par l'intermédiaire desquelles elle pourrait validement émettre son capital-actions. Il n'y a aucun élément de preuve qui permette à leurs Seigneuries de conclure que les fonctions et l'activité d'une compagnie ont été paralysées ou que son statut et ses pouvoirs essentiels ont été radicalement amoindris.

It would follow, in my respectful opinion, that these provsions in *The Securities Act* of Ontario, *supra*, are indeed provisions directed to the regulation of the holding and trading of securities in the Province of Ontario. They may well have incidental impact upon corporations whose securities are involved in this regulation but the central thrust of the legislation is not the constitution of the corporation but the regulation of the trading of the

Il s'ensuit, à mon avis, que ces dispositions de *The Securities Act* de l'Ontario, précitée, visent effectivement la réglementation de la possession et du commerce des valeurs mobilières en Ontario. Elles peuvent avoir une incidence sur les sociétés dont les valeurs sont visées par cette réglementation, mais l'objet principal de cette loi n'est pas la constitution de la société mais la réglementation du commerce des valeurs de la société dans la

corporation's securities in the province as an incident of general regulation of securities trading.

The common law has for two centuries before the advent of corporate securities trading statutes known remedies for persons injured in securities transactions and somewhat related subjects such as the abuse of corporate opportunities by company officials. The concept of fiduciary duty and the beneficiaries' rights arising on its breach has long been applied to the issuance, sale and purchase of company shares. See for example the origin of the remedy in such judgments as that of Lord Chancellor King in *Keech v. Sandford* (1726), 25 E.R. 223 and in modern application in relation to corporate securities in *Zwicker v. Stanbury*, [1953] 2 S.C.R. 438; *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver*, [1942] 1 All E.R. 378 (H.L.); *Boardman v. Phipps*, [1967] 2 A.C. 46 (H.L.); as well as those cases where the fiduciary principle has been made applicable to transactions concerning corporate assets or opportunities arising from corporate position or attachment, *Cook v. Deeks*, [1916] 1 A.C. 554 (P.C.) and *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592. As is observed in Gower's *Principles of Modern Company Law*, 4th ed., (London, 1979) at p. 631:

> Apart altogether from statutory intervention, if a director or officer of the company has made use for his own purpose of price-sensitive information acquired while a director or officer he will have breached the fiduciary duty which he owes to the company and be liable to the company accordingly. Hence the company will be able to recover any profit he has made even though it has suffered no loss. It is equally clear that if, for example in relation to a take-over bid, the directors have placed themselves in a position where they can be regarded as fiduciaries for the individual shareholders then, notwithstanding *Percival v. Wright*, they may be liable to these shareholders if they fail to disclose relevant information and cause the shareholders to suffer loss.

province de manière accessoire à la réglementation globale du commerce des valeurs.

Deux siècles avant l'avènement des lois relatives au commerce des valeurs des compagnies, la *common law* offrait des recours aux personnes lésées par des opérations relatives aux valeurs mobilières et des questions s'y rapportant jusqu'à un certain point, tels les abus commis par les dirigeants des compagnies relativement aux affaires de la compagnie. On applique depuis longtemps à l'émission, à la vente et à l'achat des actions des compagnies le concept d'obligation fiduciaire et les droits qui découlent, pour le bénéficiaire, de la violation de cette obligation. Voir, à titre d'exemple, l'origine du recours dans des jugements comme celui rendu par le lord chancelier King dans *Keech v. Sandford* (1726), 25 E.R. 223 et son application moderne relativement aux valeurs des compagnies, dans les arrêts *Zwicker c. Stanbury*, [1953] 2 R.C.S. 438, *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver*, [1942] 1 All E.R. 378 (H.L.), *Boardman v. Phipps*, [1967] 2 A.C. 46 (H.L.); voir également les arrêts où le principe d'obligation fiduciaire a été appliqué aux opérations relatives à l'actif de la compagnie ou aux occasions qui découlent d'une fonction exercée dans une compagnie ou d'un lien avec la compagnie, *Cook v. Deeks*, [1916] 1 A.C. 554 (C.P.) et *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592. Comme le fait remarquer l'ouvrage de Gower, *Principles of Modern Company Law*, 4e éd., (Londres, 1979) à la p. 631:

> [TRADUCTION] Indépendamment des recours prévus par la loi, si un administrateur ou un fonctionnaire de la compagnie a utilisé à ses propres fins des renseignements de valeur obtenus alors qu'il était administrateur ou fonctionnaire, il a violé l'obligation fiduciaire qu'il doit à la compagnie et il doit par conséquent en rendre compte à la compagnie. Partant, la compagnie pourra recouvrer les profits qu'il a retirés même si elle n'a subi aucune perte. Il est également évident que si, par exemple dans le cas d'une offre visant la prise de contrôle, les administrateurs se sont placés dans une situation où ils peuvent être considérés comme fiduciaires de chaque actionnaire, alors, nonobstant l'arrêt *Percival v. Wright*, ils peuvent être responsables envers ces actionnaires s'ils négligent de divulguer des renseignements pertinents et font subir une perte aux actionnaires.

The general foundation for the application of the fiduciary principle and duties arising in connection with corporate operations was reviewed in this Court by Laskin C.J. in *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, *supra*. The duty to account for property or interests acquired as a trustee by reason of a fiduciary duty was found to exist. There the beneficiary was the company. The Chief Justice for the unanimous Court wrote (at pp. 608-09):

> What I would observe is that the principle, or, indeed, principles, as stated, grew out of older cases concerned with fiduciaries other than directors or managing officers of a modern corporation, and I do not therefore regard them as providing a rigid measure whose literal terms must be met in assessing succeeding cases. In my opinion, neither the conflict test, referred to by Viscount Sankey, nor the test of accountability for profits acquired by reason only of being directors and in the course of execution of the office, reflected in the passage quoted from Lord Russell of Killowen, should be considered as the exclusive touchstones of liability. In this, as in other branches of the law, new fact situations may require a reformulation of existing principle to maintain its vigour in the new setting.

; and continued at p. 610:

> What these decisions indicate is an updating of the equitable principle whose roots lie in the general standards that I have already mentioned, namely, loyalty, good faith and avoidance of a conflict of duty and self-interest.

The Court was there of course concerned with the arrogation to their own interests by officers and employees of the company of an opportunity belonging in law to the company, and for the resultant gain the corporate officials were called upon on the application of the fiduciary principles to account to the company. These same principles have been applied generally in the law across the field of commerce inside and outside the corporate field as for example in *Ex Parte James* (1803), 32 E.R. 385. I allude to this line of authority in the common law only to emphasize that the law has long recognized and enforced rights arising from circumstances not dissimilar to those which form

Dans l'arrêt *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, précité, le juge en chef Laskin, au nom de cette Cour, a examiné le fondement général de l'application du principe de l'obligation fiduciaire et les obligations que comportent les opérations des compagnies. Il a conclu à l'existence de l'obligation de rendre compte des biens ou intérêts acquis en qualité de fiduciaire en raison d'une obligation fiduciaire. Dans cette affaire, le bénéficiaire était la compagnie. Au nom de la Cour à l'unanimité, le Juge en chef écrit (aux pp. 608 et 609):

> Je fais remarquer, cependant, que le principe, ou plutôt, les principes, tels qu'énoncés, ont été tirés d'affaires anciennes portant sur des fiduciaires autres que les administrateurs ou les fonctionnaires exécutifs d'une compagnie moderne et je ne les considère donc pas comme énonçant un critère strict dont il faut observer les termes à la lettre pour apprécier les affaires subséquentes. A mon avis, ni le critère du conflit mentionné par le vicomte Sankey, ni le critère de la reddition de compte à l'égard de profits qui n'ont été réalisés qu'en tant qu'administrateurs et au cours de l'exercice de ces fonctions, comme il ressort du passage tiré des motifs de Lord Russell of Killowen, ne devraient être considérés comme les fondements exclusifs de la responsabilité. A cet égard, comme c'est le cas dans d'autres domaines du droit, des faits nouveaux peuvent rendre nécessaire une nouvelle formulation d'un principe existant pour que celui-ci s'applique au nouveau contexte.

Et il ajoute, à la p. 610:

> Ce qu'il faut retenir de ces décisions, c'est une mise à jour du principe d'*equity* qui a pour fondements les critères généraux mentionnés plus haut, soit la loyauté, la bonne foi et l'absence de conflits d'intérêts et d'obligations.

Dans cette affaire, la Cour devait examiner l'usurpation, par des membres de l'exécutif et des employés de la compagnie dans leur propre intérêt, d'une occasion d'affaires qui revenait en droit à la compagnie; en vertu de l'obligation fiduciaire, ces membres de l'exécutif étaient requis de rendre compte à la compagnie des profits obtenus. Ces mêmes principes ont été appliqués de façon générale en droit commercial dans le domaine des compagnies ou dans d'autres domaines, notamment dans l'arrêt *Ex Parte James* (1803), 32 E.R. 385. Je fais allusion à cette jurisprudence de la *common law* uniquement pour souligner que la loi reconnaît et applique depuis longtemps les droits

the basis of ss. 113 and 114. These concepts were known to the civil law of general application long before corporate law pertaining to the formation, constitution and internal workings of the limited company became established, and indeed long before the first scheme for general incorporation by registration under statute was introduced in England in 1844.

This analogy was also recognized by American courts at the time of the introduction of insider trading provisions.

In effect it was but a new approach to the common-law attitude which had long recognized the reasonableness of enforcing a level of conduct upon fiduciaries "higher than that trodden by the crowd".

(*Per* Clark J. in *Smolowe v. Delendo Corporation*, 136 F. 2d 231 (Second Circuit, 1943) at p. 239.)

The net cast by these sections is by no means confined to gathering in directors, officers or shareholders of federal companies. The group embraces all persons employed or retained by a company. Where the "insider" who is the object of these provisions is corporate the group of potential defendants expands to include associates and affiliates of the insider, which by definition include any company of which the insider owns directly or indirectly more than 10 per cent of the voting rights, any partner of the insider, any trust or estate in which he has a substantial beneficial interest or acts as trustee, his spouse and children whatever their ages, and any relative sharing his home. The affiliate of the insider includes (where the insider is corporate) subsidiaries or sister subsidiaries; or any company controlled by any person who may control the insider; or any common affiliate, for example, a subsidiary of a company deemed by these provisions to be an affiliate of the insider*. Obviously, to make the sections effective their reach must include all persons who might reasonably be expected to be in a position to improperly make use of confidential corporate

* s. 125, *supra*.

qui découlent de circonstances semblables à celles qui constituent le fondement des art. 113 et 114. Le droit civil d'application générale connaissait ces concepts longtemps avant l'adoption des règles de droit concernant la formation, la constitution et le fonctionnement interne des compagnies à responsabilité limitée et, en fait, longtemps avant l'implantation en Angleterre, en 1844, du premier régime de constitution en compagnie par l'enregistrement en vertu d'une loi.

Les cours américaines ont également reconnu cette analogie au moment de l'introduction des dispositions relatives aux opérations des dirigeants.

[TRADUCTION] En effet, ce n'est qu'une nouvelle façon d'envisager l'esprit de la *common law* qui reconnaît depuis longtemps qu'il est raisonnable d'exiger des fiduciaires une norme de conduite «plus élevée que celle acceptée de la masse».

(Le juge Clark dans l'arrêt *Smolowe v. Delendo Corporation*, 136 F. 2d 231 (Second Circuit, 1943), à la p. 239.)

Le filet que lancent ces articles ne se limite pas à rassembler les administrateurs, les cadres ou les actionnaires des compagnies fédérales. Ces articles visent toutes les personnes au service d'une compagnie. Lorsque le «dirigeant» que visent ces dispositions est une compagnie, le groupe des défendeurs éventuels s'étend aux associés et aux affiliés du dirigeant, lesquels par définition comprennent toute compagnie dont le dirigeant détient, directement ou indirectement, plus de 10 pour 100 des droits de vote, un associé du dirigeant, une fiducie ou succession dans laquelle il a un droit important à titre de bénéficiaire ou relativement à laquelle il exerce des fonctions de fiduciaire, son conjoint ou ses enfants quel que soit leur âge et un parent qui partage son foyer. L'affilié d'un dirigeant inclut (si le dirigeant est une société) les filiales ou toute société contrôlée par une personne qui peut contrôler le dirigeant, ou tout affilié ordinaire, par exemple, une filiale d'une compagnie réputée en vertu de ces dispositions être un affilié du dirigeant*. Pour que ces articles soient applicables, il est évident que leur portée doit s'étendre à toutes les personnes dont on pourrait s'attendre qu'elles sont

* art. 125, précité.

information to the detriment of holders of securities of that company and to the company itself. But that is simply a recognition of the true purpose of these provisions. They are not to complete a constitution or to regulate the relationship of the company to its shareholders, or to empower its officers or organs of corporate government to function. The purpose is to protect the general public from suffering a loss on their investment and corporate securities due to defined improper conduct by a wide range of persons who may be in a position to affect the value of these securities in the hands of the public. This is made doubly clear by the provision in s. 100.4 for the compensation of loss suffered by another person by reason of the transaction in question whereas in the case of the company the recovery takes the form of an accounting by the wrongdoer for any direct benefit or advantage received by him.

Section 100.4 goes on to create a right to compensation in the person suffering "direct loss" as a result of misconduct of any of the group of persons mentioned in the statute. A right is at the same time created in the company to an accounting by the wrongdoer for any direct benefit or advantage received by the wrongdoer from the transaction in question. Section 100.5 is largely procedural in the event the company does not exercise its rights either at all or with lack of diligence. Under s. 100.5, a shareholder or the Minister of Consumer and Corporate Affairs may apply to the court for an order authorizing the commencement or continuance of an action under s. 100.4 by the Director of the Corporations Branch in the name of the company.

The result of an exercise of all rights by all who may invoke the statute on a given transaction may well be a double loss to the wrongdoer. His profit is turned over to the company and he makes good the loss suffered by the securities holder. Theoretically it may be possible for the shareholder to be restored to his pre-transaction economic position

dans une situation qui leur permet d'utiliser irrégulièrement des renseignements confidentiels de la compagnie au détriment des détenteurs des valeurs de cette compagnie et au détriment de la compagnie elle-même. Toutefois, cela constitue simplement une reconnaissance de l'objet véritable de ces dispositions. Elles ne visent pas à réaliser la constitution d'une compagnie ou à réglementer les rapports entre la compagnie et ses actionnaires, ou à donner aux fonctionnaires ou aux organes de gestion de la compagnie le pouvoir d'agir. Elles visent à éviter aux membres du public de subir des pertes quant à leur investissement et aux actions de la compagnie qu'ils possèdent, par suite d'agissements définis comme irréguliers de la part d'une foule de personnes qui peuvent être en mesure de porter atteinte à la valeur des actions que possèdent les membres du public. Cela est rendu plus évident par l'art. 100.4 qui prévoit l'indemnisation d'une perte subie par une autre personne du fait de l'opération en question, alors que dans le cas d'une compagnie, l'indemnisation consiste à exiger du contrevenant qu'il rende compte de tout profit ou avantage directs obtenus.

L'article 100.4 crée un droit à l'indemnisation en faveur de la personne qui subit une «perte directe» par la faute d'une des personnes que mentionne la Loi. En même temps, la compagnie obtient le droit d'exiger du contrevenant une reddition de compte pour tout profit ou avantage direct qu'il a retiré de l'opération en question. L'article 100.5 porte principalement sur la procédure à suivre si la compagnie n'exerce pas ses droits ou si elle omet de les exercer avec diligence. En vertu de l'art. 100.5, un actionnaire ou le ministre de la Consommation et des Corporations peut demander à la cour de rendre une ordonnance autorisant le directeur de la Direction des corporations à intenter ou à continuer au nom de la compagnie une action en vertu de l'art. 100.4.

L'exercice de tous les droits par les personnes qui peuvent invoquer la Loi à l'égard d'une opération donnée peut bien entraîner une perte double pour le contrevenant. Il remet les profits à la compagnie et il indemnise les actionnaires de leurs pertes. En théorie, il est possible que, par suite de l'action en reddition de compte, l'actionnaire soit

by the payment into the company treasury of the wrongdoer's gains in the accounting action. While the respective gains and losses of the parties to the transaction may balance (although it doesn't seem to be axiomatic), the restorative effect of the company's successful recovery under the Act may not in the market place restore value to the affected securities in the hands of the public.

All of which, in my respectful view, buttresses the conclusion that we are not here dealing with sections of a provincial act which sterilize or impair the federally incorporated company's ability to conduct its affairs, nor in the case of the federal statute are we dealing with traditional corporate legislation required to fill out the constitutional and functional aspects of a federal incorporation. I conclude, therefore, the ss. 100.4 and 100.5 of the *Canada Corporations Act*, *supra*, are *ultra vires* the Parliament of Canada.

Because of this conclusion it is, of course, unnecessary to take up the paramountcy issue which was the subject of judgments in both courts below and which occupied some of the time of counsel before this Court.

It is to be regretted that, by reason of the manner in which this case unfolded as it progressed through the courts below, this Court has been deprived of the valued opinions of the lower courts in the Province of Ontario on the question of constitutionality of the provisions in the provincial *Securities Act*, *supra*, and the federal *Canada Corporations Act*, *supra*. While that is to be regretted this Court in these circumstances has no alternative but to proceed with the disposition of the issue as it has evolved.

I do not wish to leave this matter without observing that this case was argued and heard on the footing that the Attorney General for Canada supported these sections in the *Canada Corporations Act*, *supra*, entirely on the basis as set out in *John Deere Plow Co.*, *supra*; *i.e.*, that the provisions in question are corporate in nature and are part of the exercise of a valid constitutional func-

rétabli dans la situation économique qui était la sienne avant l'opération par le paiement à la compagnie des profits réalisés par le contrevenant. Même si les profits et les pertes respectives des parties peuvent s'équilibrer (quoique ce ne semble pas évident), il se peut que l'effet compensateur du recouvrement accordé à la compagnie en vertu de la Loi ne permette pas de rétablir en Bourse la valeur des actions touchées que détient le public.

A mon avis, tout ce qui précède appuie la conclusion qu'il ne s'agit pas, en l'espèce, d'articles d'une loi provinciale qui neutralisent ou réduisent la capacité d'une compagnie constituée en vertu de la loi fédérale de gérer ses affaires, pas plus qu'il ne s'agit, dans le cas de la loi fédérale, de dispositions traditionnelles relatives aux compagnies, nécessaires pour combler les aspects constitutionnels et fonctionnels de la constitution d'une compagnie en vertu de la loi fédérale. Je conclus donc que les art. 100.4 et 100.5 de la *Loi sur les corporations canadiennes*, précitée, sont *ultra vires* du Parlement du Canada.

Vu cette conclusion, il est évident qu'il n'est plus nécessaire d'examiner la question de la prépondérance sur laquelle se sont prononcées les deux cours d'instance inférieure et à laquelle les avocats se sont attardés devant cette Cour.

Il est regrettable que, en raison de la façon dont cette affaire s'est déroulée devant les cours d'instance inférieure, cette Cour n'ait pu connaître l'opinion des cours d'instance inférieure en Ontario sur la constitutionnalité des dispositions de *The Securities Act* de l'Ontario, précitée, et de la *Loi sur les corporations canadiennes*, précitée. Tout en exprimant ce regret, cette Cour ne peut dans les circonstances que trancher la question telle qu'elle lui a été soumise.

Avant de conclure, je tiens à faire remarquer que cette affaire a été plaidée et entendue en fonction du fait que le procureur général du Canada a appuyé entièrement ces articles de la *Loi sur les corporations canadiennes*, précitée, sur le principe énoncé dans l'arrêt *John Deere Plow Co.*, précité; c.-à-d. que les dispositions en question sont essentiellement des dispositions relatives aux com-

tion by the Parliament of Canada under the peace, order and good government clause in s. 91 and/or the trade and commerce power under s. 91(2) whereby Parliament is authorized to prescribe the powers of companies whose objects extend to the entire Dominion. Counsel for the Attorney General for Canada did not wish to found the validity of these sections upon an independent claim that, by reason of the potential extraprovincial nature of securities trading, they could be sustained by the authority of s. 91(2) alone. I venture to say that there will be more and more challenges in the future to the dominant position now occupied by the securities exchange authorities of the province in which the major stock exchange of the country is located. As the magnitude and number of multi-provincial security transactions increase the strain on the present unbalanced regulatory system will mount. It remains to be seen whether this will precipitate a change in the national appreciation of constitutional requirements and federal legislative policy. Until such a development occurs the disposition of this appeal must be found in the light of the positions herein taken by the parties. These reasons therefore reflect only the record as advanced by the proponents and opponents of the traditional arguments on the constitutional nature of corporate and securities legislation.

pagnies et sont partie intégrante de l'exercice, par le Parlement du Canada, d'une fonction constitutionnelle valide en vertu de la disposition de l'art. 91 relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement, ou en vertu du pouvoir prévu au par. 91(2) en matière d'échanges et de commerce, ou des deux à la fois, qui permettent au Parlement de prescrire les pouvoirs des compagnies dont l'objet s'étend à l'ensemble du pays. Le substitut du procureur général du Canada n'a pas voulu fonder la validité de ces articles sur un argument indépendant portant que, en raison de l'aspect extra-provincial possible du commerce des valeurs mobilières, ils puissent s'appuyer uniquement sur le par. 91(2). Je me permets de dire qu'on contestera de plus en plus à l'avenir la position dominante qu'occupe maintenant l'organisme de réglementation du commerce des valeurs mobilières de la province où se trouve la Bourse la plus importante du pays. A mesure que s'accroîtront le nombre et l'importance des opérations multi-provinciales relatives aux valeurs mobilières, il en sera de même de la pression qui s'exerce sur le système de réglementation actuellement déséquilibré. Il reste à voir si cela précipitera une modification de l'évaluation, au niveau national, des exigences constitutionnelles et de la politique législative fédérale. En attendant, la décision en l'espèce doit être fonction des positions adoptées par les parties. Par conséquent, les motifs en l'espèce reflètent uniquement le litige tel qu'il a été exposé par les partisans et les adversaires des arguments traditionnels sur l'aspect constitutionnel des lois relatives aux sociétés et aux valeurs mobilières.

For these reasons I would allow the appeal with costs to the appellants.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens en faveur des appelantes.

*Appeal allowed. The three questions answered by the negative.* BEETZ, ESTEY *and* CHOUINARD JJ., *concurring in the result but dissenting in part would have answered question 1 "Yes", question 2 "No" and would have given no answer to question 3.*

*Pourvoi accueilli. La réponse à chacune des trois questions est «non». Les juges* BEETZ, ESTEY *et* CHOUINARD, *qui souscrivent au résultat mais sont dissidents en partie, auraient répondu «oui» à la question 1, «non» à la question 2 et n'auraient pas répondu à la question 3.*

*Solicitors for the appellant and the Attorney General for Ontario: McCarthy & McCarthy, Toronto.*

*Procureurs de l'appelante et du procureur général de l'Ontario: McCarthy & McCarthy, Toronto.*

*Solicitors for the respondent McCutcheon: Weir & Foulds, Toronto.*

*Solicitors for the respondents Lowry and Craig: Fraser & Beatty, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Roger Tassé, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean-K. Samson and Jean-François Jobin, Sainte-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: G. F. Gregory, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Richard Gosse, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: R. W. Paisley, Edmonton.*

*Procureurs de l'intimé McCutcheon: Weir & Foulds, Toronto.*

*Procureurs des intimés Lowry et Craig: Fraser & Beatty, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Roger Tassé, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean-K. Samson et Jean-François Jobin, Sainte-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: G. F. Gregory, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Richard Gosse, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: R. W. Paisley, Edmonton.*

**Roger Brisson** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

File No.: 16220.

1981: October 15; 1982: August 9.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Murder — Charge to jury — Self-defence — Excessive force — Whether there was sufficient evidence to put the defence of self-defence to the jury — Whether use of excessive force in self-defence reducing murder to manslaughter — Section 613(1)(b)(iii) applicable — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 7, 34, 212, 215, 613(1)(b)(iii).*

Appellant was convicted of first degree murder and his appeal to the Court of Appeal was dismissed with a dissent. The dissenting judge found that, although the trial judge had properly put the defence of self-defence to the jury, he erred when he did not instruct them that if the appellant used excessive force in self-defence, murder could be reduced to manslaughter. The appeal was based on this dissenting judgment.

*Held*: The appeal should be dismissed.

*Per* Martland, Estey and McIntyre JJ.: A trial judge must put to the jury all defences which arise from the evidence. There must, however, be some evidence sufficient to give an air of reality to a defence before the obligation to put a defence can arise. Here, there was no evidence sufficient to require the trial judge to put the issue of self-defence to the jury, and the accused therefore suffered no injustice as a result of any deficiency in the charge. This was a case where s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Code* should apply to dismiss the appeal.

*Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220; *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609; *Workman v. The Queen*; *Huculak v. The Queen*, [1963] S.C.R. 266; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, referred to.

**Roger Brisson** *Appelant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

N° du greffe: 16220.

1981: 15 octobre; 1982: 9 août.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Meurtre — Exposé du juge au jury — Légitime défense — Force excessive — Y avait-il suffisamment d'éléments de preuve pour soumettre le moyen de la légitime défense à l'appréciation du jury? — L'usage de force excessive en légitime défense réduit-il le meurtre à un homicide involontaire coupable? — Application de l'art. 613(1)b)(iii) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 7, 34, 212, 215, 613(1)b)(iii).*

L'appelant a été déclaré coupable de meurtre au premier degré et son appel à la Cour d'appel a été rejeté avec une dissidence. Le juge dissident a conclu que, même si le juge du procès avait eu raison de soumettre le moyen de la légitime défense à l'appréciation du jury, il avait commis une erreur en ne lui précisant pas que, si l'appelant avait fait usage d'une force excessive en agissant en légitime défense, le meurtre pouvait se réduire à un homicide involontaire coupable. Le pourvoi est fondé sur cette dissidence.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

*Les* juges Martland, Estey et McIntyre: Le juge du procès doit soumettre à l'appréciation du jury tous les moyens de défense qui découlent de la preuve. Il faut cependant des éléments de preuve suffisants pour appuyer la vraisemblance d'un moyen de défense avant que l'obligation de le soumettre prenne naissance. En l'espèce, il n'y a pas d'éléments de preuve suffisants pour obliger le juge du procès à soumettre la question de la légitime défense au jury et, par conséquent, l'accusé n'a subi aucune injustice imputable à un vice de l'exposé du juge au jury. C'est un cas où le sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code* doit être appliqué pour rejeter le pourvoi.

Jurisprudence: *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Kelsey c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220; *Wu c. The King*, [1934] R.C.S. 609; *Workman c. The Queen; Huculak c. The Queen*, [1963] R.C.S. 266; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739.

*Per* Laskin and Ritchie JJ.: There was no evidence to leave the issue of self-defence to the jury, let alone any issue of excessive self-defence as a basis for a verdict of manslaughter. This was a proper case to apply s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*.

*R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546, referred to.

*Per* Dickson, Beetz, Chouinard and Lamer JJ.: It seems highly questionable whether there was evidence to warrant placing the defence of self-defence before the jury. In any event, unless related to intent under s. 212 of the *Code* or to provocation, the notion that excessive force in self-defence could reduce what would otherwise be murder to manslaughter should be rejected. On a reasonable statutory interpretation of s. 34 of the *Code* it is apparent that a qualified defence of excessive force does not exist.

*R. v. Barilla* (1944), 82 C.C.C. 228; *Mead's and Belt's Case* (1823), 1 Lewin 184, 168 E.R. 1006; *R. v. Smith* (1837), 8 Car & P. 160, 173 E.R. 441; *R. v. Odgers* (1843), 2 M. & Rob. 479, 174 E.R. 355; *R. v. Hussey* (1924), 89 J.P. 28; *R. v. Ouellette*, [1950] 2 W.W.R. 875; *R. v. Basarabas and Spek* (1981), 62 C.C.C. (2d) 13; *R. v. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216; *R. v. Crothers* (1978), 43 C.C.C. (2d) 27; *R. v. Deegan*, [1979] 6 W.W.R. 97; *R. v. Fraser* (1980), 55 C.C.C. (2d) 503; *R. v. McKay*, [1957] V.R. 560; *R. v. Howe* (1958), 100 C.L.R. 448; *Viro v. The Queen* (1978), 18 A.L.R. 257; *Palmer v. The Queen*, [1971] 1 All E.R. 1077; *R. v. McInnes*, [1971] 3 All E.R. 295; *Reference under s. 48A of the Criminal Appeal (Northern Ireland) Act 1968 (No. 1 of 1975)*, [1976] 2 All E.R. 937; *R. v. Appleby*, [1979] 1 W.W.R. 664; *R. v. Hay* (1973), 22 C.R.N.S. 191; *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *R. v. Trecroce* (1980), 55 C.C.C. (2d) 202; *R. v. Reilly* (1982), 66 C.C.C. (2d) 146; *Pilon v. The Queen*, [1966] 2 C.C.C. 53; *Linney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 646; *R. v. Bufalo*, [1958] V.R. 363; *R. v. Haley* (1959), 76 W.N. (N.S.W.) 550; *R. v. Tikos (No. 1)*, [1963] V.R. 285; *R. v. Tikos (No. 2)*, [1963] V.R. 306; *Aleksovski v. The Queen*, [1979] W.A.R. 1; *Masnec v. The Queen*, [1962] Tas. S.R. 254; *R. v. Johnson*, [1964] Qd. R. 1; *R. v. Hassin*, [1963] Crim. L.R. 852, referred to.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1980] C.A. 457, affirming a conviction

*Les* juges Laskin et Ritchie: Il n'y a pas d'éléments de preuve permettant de soumettre au jury la question de la légitime défense, encore moins celle de la légitime défense excessive comme fondement d'un verdict d'homicide involontaire coupable. Il s'agit d'un cas approprié où appliquer le sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel*.

Jurisprudence: *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546.

*Les* juges Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer: Il paraît très douteux qu'il y ait des éléments de preuve qui justifient de soumettre le moyen de la légitime défense au jury. De toute façon, à moins qu'elle se rapporte à l'intention au sens de l'art. 212 du *Code* ou à la provocation, il faut rejeter la notion portant que l'usage de la force excessive en légitime défense puisse réduire à un homicide involontaire coupable ce qui autrement serait un meurtre. Si on interprète l'art. 34 du *Code* comme il convient de le faire, on constate qu'une défense restreinte d'usage de force excessive n'existe pas.

Jurisprudence: *R. v. Barilla* (1944), 82 C.C.C. 228; *Mead's and Belt's Case* (1823), 1 Lewin 184, 168 E.R. 1006; *R. v. Smith* (1837), 8 Car & P. 160, 173 E.R. 441; *R. v. Odgers* (1843), 2 M. & Rob. 479, 174 E.R. 355; *R. v. Hussey* (1924), 89 J.P. 28; *R. v. Ouellette*, [1950] 2 W.W.R. 875; *R. v. Basarabas and Spek* (1981), 62 C.C.C. (2d) 13; *R. v. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216; *R. v. Crothers* (1978), 43 C.C.C. (2d) 27; *R. v. Deegan*, [1979] 6 W.W.R. 97; *R. v. Fraser* (1980), 55 C.C.C. (2d) 503; *R. v. McKay*, [1957] V.R. 560; *R. v. Howe* (1958), 100 C.L.R. 448; *Viro v. The Queen* (1978), 18 A.L.R. 257; *Palmer v. The Queen*, [1971] 1 All E.R. 1077; *R. v. McInnes*, [1971] 3 All E.R. 295; *Reference under s. 48A of the Criminal Appeal (Northern Ireland) Act 1968 (No. 1 of 1975)*, [1976] 2 All E.R. 937; *R. v. Appleby*, [1979] 1 W.W.R. 664; *R. v. Hay* (1973), 22 C.R.N.S. 191; *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *R. v. Trecroce* (1980), 55 C.C.C. (2d) 202; *R. v. Reilly* (1982), 66 C.C.C. (2d) 146; *Pilon v. The Queen*, [1966] 2 C.C.C. 53; *Linney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 646; *R. v. Bufalo*, [1958] V.R. 363; *R. v. Haley* (1959), 76 W.N. (N.S.W.) 550; *R. v. Tikos (No. 1)*, [1963] V.R. 285; *R. v. Tikos (No. 2)*, [1963] V.R. 306; *Aleksovski v. The Queen*, [1979] W.A.R. 1; *Masnec v. The Queen*, [1962] Tas. S.R. 254; *R. v. Johnson*, [1964] Qd. R. 1; *R. v. Hassin*, [1963] Crim. L.R. 852.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec,[1980] C.A. 457, qui a confirmé une

of murder in the first degree. Appeal dismissed.

*Michel F. Denis*, for the appellant.

*André Vincent*, for the respondent.

The reasons of Laskin C.J. and Ritchie were delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This is an appeal from a judgment of the Quebec Court of Appeal, Bélanger J.A. dissenting, affirming a conviction of murder in the first degree entered on the verdict of a jury. The dissenting judge disagreed with the majority that, there having been misdirection on an important point by the trial judge, s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code* could be properly invoked for dismissal of the appeal. Having taken an appeal to this Court as of right based on Bélanger J.A.'s dissent, the appellant applied for and was given leave by this Court to raise four other grounds of appeal, all being questions of law.

In my view, only the ground on which Bélanger J.A. dissented raised any arguable issue in this case. Some of the other grounds may, in other circumstances, raise issues that should engage the concern of a final appellate court, but I do not find them cogent enough in this case to justify interference with the conviction. It is nonetheless desirable that I should speak to them in these reasons.

Perspective on all issues canvassed in this Court requires a brief reference to the facts, which are unusual and somewhat bizarre. The accused was charged with murder in the first degree for the unlawfull killing of a person whose burned body, defying identification, was found in the accused's car which had been set on fire with gasoline. The medical or scientific cause of death could not be determined but there was evidence that the deceased did not die in the fire or, more precisely, from carbon monoxide asphyxiation. There was, however, a very high level of alcohol in his blood, high enough according to expert evidence, to be a possible cause of death. The body was discovered in the car on March 28, 1977.

déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

*Michel F. Denis*, pour l'appelant.

*André Vincent*, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Laskin et du juge Ritchie rendus par

LE JUGE EN CHEF—Il s'agit d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, où le juge Bélanger est dissident, lequel arrêt confirme la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré enregistrée par suite du verdict d'un jury. A cause de directives erronées du juge du procès sur un point important, le juge Bélanger ne partage pas l'opinion de la majorité suivant laquelle on peut à bon droit invoquer le sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel* pour rejeter l'appel. S'étant pourvu en cette Cour de plein droit vu la dissidence du juge Bélanger, l'appelant a demandé et reçu l'autorisation de cette Cour de soulever quatre autres moyens d'appel qui portent tous sur des questions de droit.

A mon avis, seul le moyen sur lequel le juge Bélanger a exprimé sa dissidence soulève un point discutable en l'espèce. Certains des autres moyens pourraient, en d'autres circonstances, soulever des points sur lesquels une cour de dernier ressort devrait se pencher, mais je ne les trouve pas suffisamment convaincants en l'espèce pour justifier une modification de la déclaration de culpabilité. Il est cependant souhaitable d'en traiter dans les présents motifs.

Pour mettre toutes les questions débattues en cette Cour dans leur contexte, il est nécessaire de résumer les faits qui sont inusités et même bizarres. L'accusé est inculpé du meurtre au premier degré d'une personne dont le cadavre carbonisé au point de ne pas être identifiable a été trouvé dans la voiture de l'accusé à laquelle le feu a été mis avec de l'essence. Il a été impossible de déterminer de façon scientifique ou médicale la cause du décès, mais il y a des éléments de preuve que la victime n'a pas péri dans le feu, plus précisément qu'elle n'a pas péri par asphyxie due à l'oxyde de carbone. En outre, l'alcoolémie de la victime était très élevée, suffisamment élevée, selon le témoignage de l'expert, pour que ce soit la cause du décès. Le cadavre a été trouvé dans l'automobile le 28 mars 1977.

The accused had a grocery business in Montreal, Quebec, and was having financial difficulties as of the beginning of 1977. Early in March he obtained two birth certificates and later on a passport and an international vaccination certificate. On Saturday, March 26, 1977, he failed to take his store's receipts (which were put into a bag containing cheques, accounts and cash) to his bank's depository. Next day he left his young daughter with his brother-in-law and was seen leaving his store carrying two bags. He registered at a hotel in Montreal under a false name. On Monday, March 28, 1977, the day of the discovery of the burned body in his car, the accused flew to Toronto and then to Vancouver where he stayed for three days. Then an air ticket was issued in his name for a flight to Los Angeles and then to Tahiti.

On April 1, 1977, his Longueuil bank received the deposit minus the cash. Included was a letter to the manager, stating that the accused had been kidnapped, that money had been demanded and announcing his death because he could identify his abductors. Prints found on the letter were later identified as those of the accused. On May 7, 1977 he travelled by air from Los Angeles to Montreal where he registered in a rooming house. A niece recognized him at an intersection two days later and on May 15, 1977 a former work-mate of the accused recognized him and followed him to the rooming house. He notified the family who had thought the accused was dead. A brother sought out the police who went with him to the rooming house where they found the accused with some money, with Montreal newspapers dating from preceding March 28th and with his passport showing his itinerary to Tahiti. From the time of his return to Montreal until he was discovered, the accused did not contact any of his family or his friends.

He did not testify at his trial but gave evidence at a *voir dire* respecting the admissibility of three statements he made to the police. All three were admitted in evidence. The first two statements, which it is unnecessary to canvass in any detail, referred to a contrived account of his kidnapping

L'accusé avait un commerce d'épicerie à Montréal (Québec) et se trouvait en difficultés financières au début de 1977. Tôt en mars, il obtint deux certificats de naissance, et, plus tard, un passeport et un certificat international de vaccination. Le samedi 26 mars 1977, il ne fit pas le dépôt de la recette du magasin au coffre de la banque, recette qui se trouvait dans un sac contenant des chèques, des bordereaux et de l'argent comptant. Le lendemain, il confia sa fillette à son beau-frère et on le vit quitter le magasin avec deux sacs. Il s'inscrivit à un hôtel de Montréal sous un faux nom. Le lundi 28 mars 1977, jour de la découverte du cadavre carbonisé dans la voiture de l'accusé, celui-ci prit l'avion pour Toronto puis, de là, pour Vancouver où il séjourna pendant trois jours. Ensuite un billet d'avion a été délivré à son nom pour un vol vers Los Angeles puis vers Tahiti.

Le 1er avril 1977, la succursale de Longueuil de sa banque reçut le dépôt, mais sans l'argent liquide. Le sac contenait une lettre, adressée au directeur, qui annonçait que l'accusé avait été enlevé, qu'une rançon était exigée et que l'accusé devait mourir parce qu'il avait réussi à identifier ses ravisseurs. Les empreintes digitales relevées sur la lettre furent plus tard identifiées comme celles de l'accusé. Le 7 mai 1977, il prit l'avion de Los Angeles à Montréal où il loua une chambre. Deux jours plus tard, une nièce le reconnut au coin d'une rue et le 15 mai 1977 un ancien compagnon de travail le reconnut et le suivit jusqu'à son logement. Ce compagnon avertit alors la famille qui avait cru l'accusé mort. Un de ses frères prévint la police qui l'accompagna au logement où ils trouvèrent l'accusé. Celui-ci était en possession d'un peu d'argent, de journaux de Montréal publiés depuis le 28 mars et de son passeport qui indiquait son voyage jusqu'à Tahiti. Depuis le moment de son retour à Montréal jusqu'à ce qu'on y découvre sa présence, l'accusé n'avait pris contact ni avec sa famille ni avec ses amis.

Il n'a pas témoigné à son procès, mais il a déposé au voir dire tenu sur la recevabilité de trois déclarations faites à la police. Toutes trois furent produites en preuve. Les deux premières déclarations qu'il est inutile d'analyser ici en détail, sont une fabulation de la manière dont il a été enlevé et

and of his treatment by his kidnappers after he was allegedly seized at his car near his place of business and when he was on his way to make a night deposit at his bank. According to the first statement, it was they who took him to a Montreal hotel, then to Toronto, Vancouver and Los Angeles. The second statement was substantially the same with some update in saying that he was flown to Tahiti, and touching on other facts then known to the police. There was no explanation by the accused as to why he did not try to get in touch with the authorities in the various places where he was allegedly left by his kidnappers or try to reach his family. The obvious falsity of the statements as to the kidnapping could not but be damaging.

The third statement was of a completely different character. He said in it that his business was in a precarious state and that in desperation he decided to walk away from everything. He obtained a passport and on March 27, 1977 he took the bank deposit from his store, put certain effects in some bags, placed a case of beer in the back seat of his car and went to rent a room in a Montreal hotel. Still undecided about leaving, he went for a walk and met a tramp (*un clochard*) with whom he had dinner. They came back by taxi to the hotel and the tramp was put in the accused's car and given a 40 oz. bottle of rye. They drove around for two and one-half to three hours, the tramp drinking constantly. A dispute broke out and the tramp hit the accused across the forehead with the half-full bottle of rye. The accused stopped the car and tried to calm his passenger but could not do so. He pushed him to the corner, stretched his arm over the back seat, took a bottle of beer from the case that was there and hit the tramp on the head with the bottle to calm him but the bottle broke and the person lay inert, crumbled on the front seat with his head at the door. The accused drove around for some time with the inert body which was bleeding from the ears. He then took two gasoline cans which he had in his trunk and filled them at a station and later set the interior of the car on fire. The statement also contained an admission by the accused that he sent the "kidnap" letter to the bank and also described his travels to the west

traité par ses ravisseurs après qu'ils l'eurent ravi près de sa voiture, non loin de son commerce, alors qu'il se rendait à la banque pour y effectuer un dépôt de nuit. Selon la première déclaration, ce sont ses ravisseurs qui l'ont amené à un hôtel à Montréal, puis à Toronto, ensuite à Vancouver et enfin à Los Angeles. La deuxième déclaration qui est en substance la même, contient certains détails supplémentaires selon lesquels on l'aurait emmené à Tahiti, ainsi que certains autres détails déjà connus de la police. L'accusé ne donne aucune raison pour n'avoir pas tenté de joindre les autorités aux différents endroits où ses ravisseurs l'auraient emmené ni pour n'avoir pas essayé de joindre sa famille. La fausseté patente des déclarations relatives à l'enlèvement ne pouvait que lui nuire.

La troisième déclaration est d'une tout autre nature. Cette fois, il déclare que son commerce était dans un état précaire et qu'en désespoir de cause il avait décidé de tout abandonner. Il s'est procuré un passeport et, le 27 mars 1977, il a pris à son magasin le dépôt destiné à la banque, il a mis certains objets personnels dans des sacs et placé une caisse de bière sur le siège arrière de sa voiture et, enfin, il s'est rendu à un hôtel de Montréal où il a loué une chambre. Mais, encore quelque peu indécis au sujet de son départ, il est sorti se promener et a rencontré un clochard avec lequel il est allé manger. Ils sont revenus en taxi à l'hôtel. Ensuite il a installé le clochard dans sa voiture et lui a donné une bouteille contenant 40 onces de whisky. Ensemble ils ont fait un tour de deux heures et demie à trois heures en voiture pendant lequel le clochard buvait sans arrêt. Ils ont fini par se disputer et le clochard a frappé l'accusé au front avec la bouteille de whisky qui était à demi pleine. L'accusé a arrêté la voiture et tenté de calmer son passager, mais sans y réussir. Il l'a poussé dans le coin du siège, a étendu le bras vers le siège arrière pour y prendre une bouteille de bière avec laquelle il a frappé le clochard à la tête pour le calmer. La bouteille s'est cassée et le clochard est demeuré inerte, recroquevillé sur le siège avant, la tête contre la portière. L'accusé a continué à rouler pendant quelque temps avec ce corps inerte qui saignait des oreilles. Puis il a pris deux bidons vides qui se trouvaient dans le coffre de sa voiture

coast and to the Pacific.

Of the five grounds of appeal in this case, the one that can be dismissed out of hand is that there was no proper hearing before the Court of Appeal when the three judges of the Court, each giving reasons, did not pass on all the issues raised before them. They gave dispositive reasons, and the fact that one or more of them found it unnecessary to dwell on all the points raised in argument does not amount to reversible errors, however desirable it may be, especially for an appellant looking to a further appeal, that each point raised be separately considered. Again, I am unable to agree that there was reversible error here in the instruction given by the trial judge on character evidence, especially when the accused did not testify. The trial judge in saying that evidence of good character has no effect when there is proof beyond a reasonable doubt of the commission of the crime charged is saying in effect that good character is not itself a defence. Of course, evidence of good character may have a bearing on intent but in the circumstances here this is not such a case.

A third point taken on behalf of the accused was that the trial judge improperly told the jury that the same rules applied to the assessment of testimony, whether offered by the Crown or by the defence. If the trial judge's instructions in this connection could be taken as diminishing or qualifying the burden of proof resting on the Crown, there would be merit in the contention. In the context in which the challenged instruction was given, I do not think the objection to it can stand. This is not a case where the jury may have been misled by being directed to determine guilt or innocence on the basis of the credibility of the witnesses on each side: see, for example, *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546.

et les a remplis d'essence à un libre-service. Un peu plus tard, il a mis le feu à l'intérieur de la voiture. Dans la déclaration, l'accusé avoue également que c'est lui qui a envoyé la lettre des prétendus ravisseurs à la banque, et il y décrit également ses voyages vers la côte Ouest et le Pacifique.

Des cinq moyens d'appel en l'espèce, celui qu'on peut rejeter de prime abord porte que la Cour d'appel n'a pas dûment entendu l'appel parce que les trois juges, qui ont tous rédigé des motifs, ne se sont pas exprimés sur tous les points soulevés devant eux. Les juges ont donné des motifs qui règlent la question et le fait que l'un ou plusieurs d'entre eux aient estimé inutile de s'arrêter à tous les points soulevés dans les plaidoiries ne constitue pas une erreur donnant lieu à cassation, même s'il est souhaitable, spécialement pour un appelant qui envisage de former un nouvel appel, que chaque point soulevé soit examiné séparément. En outre, je ne puis convenir qu'il y a eu erreur donnant lieu à cassation dans les directives du juge du procès sur la preuve de moralité, notamment parce que l'accusé n'a pas témoigné. En disant que la preuve de moralité n'a pas d'incidence lorsqu'il y a preuve au-delà de tout doute raisonnable de la perpétration du crime imputé, le juge du procès dit, en fait, que la preuve de moralité n'est pas une défense en soi. Evidemment, la preuve de moralité peut avoir une incidence sur l'intention, mais dans les circonstances présentes, ce n'est pas le cas.

Un troisième moyen que l'accusé soulève consiste à dire que le juge du procès a eu tort de dire au jury que les mêmes règles s'appliquent pour l'appréciation des témoignages, que ce soit ceux à charge ou à décharge. Si l'on pouvait interpréter les directives du juge du procès à ce sujet de façon à diminuer ou à modifier le fardeau de la preuve imposé à la poursuite, la prétention serait bien fondée. Mais je ne pense pas que cette objection puisse être accueillie dans le contexte dans lequel les directives contestées ont été données. Il ne s'agit pas ici d'un cas où le jury pourrait avoir été induit en erreur par les directives suivant lesquelles il devait déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé en fonction de la crédibilité des témoins de chaque partie: voir, par exemple, *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546.

The fourth ground taken by the accused was that there was fatal misdirection by the trial judge in telling the jury that they did not have to determine the cause of death in order to find the accused guilty and also in telling them that if they concluded that alcohol was the cause of death, they should acquit. What was apparently objected to on the latter point was the trial judge's use of the word "conclusion" in telling the jury that if they came to the conclusion that alcohol was the cause of death they should acquit. The objection was that this watered down the burden of proof on the Crown. Having regard to the trial judge's charge on this issue, the objection is trifling and without merit.

So too, in this case, there is no merit in the contention that the trial judge erred in telling the jury that they did not have to determine the cause of death to find the accused guilty. The mere fact that in some cases the cause of death cannot be determined is no more a disabling hurdle for the Crown than the fact that in some cases there is no *corpus delicti*. If there is evidence upon which a jury can determine beyond a reasonable doubt that the death of a person was brought about by an unlawful act of the accused accompanied by the required intent to constitute the offence of murder, a finding of the exact cause of death, in a medical or scientific sense, is not a necessary condition of conviction. Causation, where there is a jury, is essentially a jury question on a proper instruction by the trial judge as to the law. In this case, proper instruction was given. The trial judge made it clear that in order to convict of murder the jury had to find that an unlawful act of the accused caused the death of the victim and he also instructed them on the required intent. Again, he said, quite properly, that if the jury determined that death resulted from alcohol, they should acquit.

Selon le quatrième moyen soulevé par l'accusé, il y a eu une erreur irrémédiable dans les directives du juge du procès quand il a dit aux jurés qu'ils n'avaient pas à établir la cause du décès pour déclarer l'accusé coupable et également que s'ils concluaient que la mort était due à l'alcool, ils devaient prononcer l'acquittement. Ce à quoi on semble s'opposer sur ce dernier point, c'est à l'emploi, par le juge du procès, du mot «conclusion» lorsqu'il dit aux jurés que s'ils arrivaient à la conclusion que le décès était dû à l'alcool, ils devaient prononcer l'acquittement. L'objection tient à ce que cela diminuerait le fardeau de preuve imposé à la poursuite. Compte tenu des directives du juge du procès sur ce point, l'objection est futile et non fondée.

Il n'y a pas plus de fondement, en l'espèce, à la prétention selon laquelle le juge du procès a commis une erreur en disant aux jurés qu'ils n'avaient pas à établir la cause du décès pour conclure à la culpabilité de l'accusé. Le simple fait que, dans certaines affaires, il soit impossible de déterminer la cause du décès n'est pas un obstacle plus insurmontable pour la poursuite que l'absence de *corpus delicti* dans d'autres affaires. S'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour amener le jury à conclure au-delà de tout doute raisonnable que la mort d'une personne résulte de l'acte illégal de l'accusé et qu'il a eu l'intention requise pour constituer le crime de meurtre, il n'est pas nécessaire de trouver la cause exacte, au sens médical ou scientifique, de la mort comme condition nécessaire d'une déclaration de culpabilité. Le lien de causalité, dans un procès par jury, est essentiellement une question du ressort du jury, pourvu que le juge du procès lui ait donné des directives appropriées sur le droit. En l'instance, les directives sont appropriées. Le juge du procès a dit clairement que pour déclarer l'accusé coupable de meurtre, le jury devait conclure que l'acte illégal de l'accusé avait causé la mort de la victime; il lui a aussi donné des directives sur l'intention requise. De plus, il a dit tout à fait à bon droit que si le jury concluait que la mort de la victime résultait de la consommation d'alcool, il devait rendre un verdict d'acquittement.

This brings me to the point of law on which Bélanger J.A. dissented. Bélanger J.A. took the clear point that there was a fatal failure by the trial judge, having dealt with self-defence, to instruct on manslaughter if in acting in self-defence the accused used excessive force in the circumstances. Although the trial judge had instructed the jury on provocation and its effect on the murder charge, he did not relate manslaughter to any specific defence when, at the end of his address to the jury, he told them of the four verdicts that were open to them, namely, murder in the first degree, murder in the second degree, manslaughter and acquittal. According to Bélanger J.A., the jury was placed in the position of finding the accused guilty of murder if they found he had used excessive force in acting in self-defence rather than finding him guilty of manslaughter. The learned dissenting judge made no mention of s. 613(1)(*b*)(iii), being obviously of the opinion that where there is a serious non-direction amounting to a misdirection there is no room for the application of the curative provision. I agree with him completely in a case where the accused is deprived of his legal right to have the jury pass on a qualified defence that would, if accepted, result in a verdict of manslaughter.

Ceci m'amène au point de droit sur lequel le juge Bélanger est dissident. Le juge Bélanger a clairement exprimé l'avis que le juge du procès a commis une erreur fatale lorsque, après avoir parlé de la légitime défense, il a omis de donner des directives sur l'homicide involontaire coupable si, en agissant en légitime défense, l'accusé avait employé une force excessive dans les circonstances. Le juge du procès a bien donné des directives au jury sur la provocation et ses effets sur l'accusation de meurtre, mais il n'a pas établi le lien entre l'homicide involontaire coupable et l'une ou l'autre de ces défenses précises quand, à la fin de son exposé au jury, il lui a dit qu'il y avait quatre verdicts possibles, soit meurtre au premier degré, meurtre au deuxième degré, homicide involontaire coupable et acquittement. Selon le juge Bélanger, le jury se trouvait dans l'obligation de rendre contre l'accusé un verdict de culpabilité de meurtre s'il arrivait à la conclusion que l'accusé avait employé une force excessive en agissant en légitime défense, plutôt qu'un verdict d'homicide involontaire coupable. Le savant juge dissident n'a pas mentionné le sous-al. 613(1)*b*)(iii), car il a manifestement estimé que lorsqu'une absence de directives importantes équivaut à une directive erronée, il n'est pas possible d'appliquer la disposition corrective. Je me range tout à fait à son avis dans un cas où l'accusé a été privé de son droit strict à ce que le jury tienne compte d'un moyen de défense de portée restreinte qui, s'il avait été retenu, aurait entraîné un verdict d'homicide involontaire coupable.

I had originally formed the view that there was a basis in the evidence not only to support an instruction on self-defence alone (which the trial judge gave) but also evidence of possible excessive force requiring, according to Bélanger J.A., an instruction on manslaughter. (If this was a correct view of the issues, it would obviously be wrong to apply the curative provisions of *Criminal Code*, s. 613(1)(*b*)(iii)).

A l'origine, j'étais d'avis que l'on trouvait dans la preuve non seulement de quoi appuyer une directive sur la légitime défense en soi (directive donnée par le juge du procès), mais aussi la preuve de l'usage possible d'une force excessive d'où l'obligation de donner, selon le juge Bélanger, une directive sur l'homicide involontaire coupable. (S'il s'agissait du point de vue correct sur les questions en litige, il serait manifestement erroné d'appliquer les dispositions correctives du sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel*.)

Having read the reasons of Dickson J. and those prepared by my brother McIntyre, I have reviewed again the record of the facts which I have set out

Après avoir lu les motifs du juge Dickson et ceux du juge McIntyre, j'ai réexaminé le dossier des faits que j'ai exposés dans mes motifs en

in my reasons herein and am now persuaded that the trial judge overreached in leaving even self-defence to the jury. I therefore agree with my brother McIntyre that there was no evidence to leave that issue to the jury, let alone any issue of excessive self-defence as a basis for a verdict of manslaughter. I also now agree with him, following the majority judgments of the Quebec Court of Appeal, that this is in any event a proper case to apply the proviso in *Criminal Code*, s. 613(1)(*b*)(iii).

I would accordingly, and following McIntyre J., dismiss the appeal.

The reasons of Martland, Estey and McIntyre JJ. were delivered by

MCINTYRE J.—I have read the reasons for judgment of my brothers, the Chief Justice and Dickson J. I agree with the Chief Justice in his rejection of all grounds of appeal. Though I agree in the result reached by Dickson J., in that I would dismiss the appeal, I would confine my reasons for so doing to the proposition that there was no evidence before the trial judge sufficient to require him to put the issue of self-defence to the jury, and the accused therefore suffered no injustice as a result of any deficiency in the charge. It is also, in my view, a case where the provisions of s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code* would apply to dismiss the appeal in any event.

A trial judge must put to the jury all defences which arise from the evidence. There must, however, be some evidence sufficient to give an air of reality to a defence before the obligation to put a defence can arise. In *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, at pp. 126 and 127, I dealt with this question—with the approval of the majority of the Court—and I would refer again to the words of Fauteux J. in *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220, where he said, at p. 226:

The allotment of any substance to an argument or of any value to a grievance resting on the omission of the

l'espèce et je suis maintenant convaincu que le juge du procès est allé trop loin en soumettant même la légitime défense au jury. Je conviens donc avec mon collègue le juge McIntyre qu'il n'y avait pas de preuve permettant de soumettre ce point au jury, encore moins celui de la légitime défense excessive comme fondement d'un verdict d'homicide involontaire coupable. Maintenant, je conviens également avec lui, suivant ainsi les jugements majoritaires de la Cour d'appel du Québec, qu'il s'agit de toute façon d'un cas approprié où appliquer la réserve du sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel*.

Je suis donc d'avis, comme le juge McIntyre, de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Martland, Estey et McIntyre rendus par

LE JUGE MCINTYRE—J'ai lu les motifs de jugement de mes collègues le Juge en chef et le juge Dickson. Je souscris au rejet, par le Juge en chef, de tous les moyens d'appel. Bien que je souscrive au résultat du pourvoi donné par le juge Dickson, puisque je suis d'avis de le rejeter, je m'en tiens pour ce faire à la proposition qu'il n'y avait pas d'éléments de preuve suffisants devant le juge du procès pour exiger qu'il soumît la question de la légitime défense au jury et, par conséquent, l'accusé n'a subi aucune injustice imputable à un vice de l'exposé du juge au jury. C'est aussi, à mon avis, un cas où les dispositions du sous-al. 613(1)(*b*)(iii) du *Code criminel* devraient s'appliquer pour rejeter de toute façon le pourvoi.

Un juge du procès doit soumettre au jury tous les moyens de défense qui découlent de la preuve. Il faut cependant des éléments de preuve suffisants pour appuyer la vraisemblance d'un moyen de défense avant que l'obligation de le soumettre prenne naissance. Dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, aux pp. 126 et 127, j'ai traité de cette question, avec l'approbation de la majorité de la Cour, et je cite à nouveau à cet égard les propos du juge Fauteux dans l'arrêt *Kelsey c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220, à la p. 226:

[TRADUCTION] Pour accorder quelque substance à un argument ou quelque valeur à un grief qui se fonde sur

trial Judge from mentioning such argument must be conditioned on the existence in the record of some evidence or matter apt to convey a sense of reality in the argument and in the grievance.

See, as well, the other cases referred to in *Pappajohn* on this point: *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609 and *Workman v. The Queen*; *Huculak v. The Queen*, [1963] S.C.R. 266.

Can it be said in the case at bar that there was before the court at trial any such evidence which would convey a sense of reality in the suggestion that the accused killed in self-defence? In my view, the answer must be: no.

The appellant did not give evidence at trial. The suggested basis for the defence of self-defence is to be found in a statement he made to the police which is reproduced, in part, in the reasons of Dickson J. in these terms:

[TRANSLATION] At that point I stopped the car suddenly. I asked him to calm down, which he had no intention of doing. I pushed him back to his side, reached over to the back seat, took a bottle of beer from a case of twelve and hit him on the head with it to calm him down. The bottle shattered and he stopped moving. He was slumped over and motionless on the front seat with his head leaning against the door on the trim next to the window.

This statement was put before the jury with the other evidence which revealed the planning and deliberation, and the elaborate scheme referred to in the recital of facts given by the Chief Justice. In my view, it affords no basis for a suggestion of self-defence but, assuming it is true, it speaks rather of the reaction of an angry man who, with one hand, was capable of holding his opponent down while he, sitting in the driver's seat of a car, reached with the other arm into the back seat of the car, opened the case of beer, took out a bottle and delivered a blow to the head of his opponent. This does not afford evidence of repelling force by force in the words of s. 34(1) of the *Criminal Code*. Rather it provides evidence of a calculated retaliation, well after any need for self-defence existed. In my view, no air of reality attaches to the assertion that the appellant acted in self-defence, particularly when this statement—the sole basis of the defence—is considered against the

l'omission du juge du procès de mentionner cet argument, il faut qu'il y ait au dossier une preuve ou un point qui puisse rendre vraisemblable l'argument et le grief.

Voir également les autres arrêts cités dans l'affaire *Pappajohn* sur ce point: *Wu c. The King*, [1934] R.C.S. 609 et *Workman c. The Queen; Huculak c. The Queen*, [1963] R.C.S. 266.

Peut-on dire en l'espèce que le tribunal de première instance avait devant lui des éléments de preuve qui rendaient vraisemblable la suggestion que l'accusé a tué en légitime défense? A mon avis, la réponse doit être négative.

L'appelant n'a pas témoigné au procès. Le fondement de la légitime défense comme moyen de défense se trouverait dans une déclaration qu'il a faite à la police et dont le juge Dickson cite un extrait dans ses motifs en ces termes:

Là j'ai arrêté subitement avec le char, je lui ai demandé de se calmer, ce qu'il n'vait (*sic*) pas l'intention de faire, je l'ai poussé dans son coin, je me suis étiré le bras sur le siège arrière, et j'ai pris une bouteille de bière dans la caisse de 12, et lui en asséna un coup sur la tête dans le but de le calmer, la bouteille a fracassé, et l'individu a cesser (*sic*) tout mouvement, il était inerte, il était écrasé sur le siège avant, la tête appuyé (*sic*) dans la porte, sur la finition avant d'arriver à la vitre.

Cette déclaration a été soumise au jury en même temps que d'autres éléments de preuve qui révèlent la planification et la mûre réflexion, et le plan complexe mentionné dans le résumé des faits exposé par le Juge en chef. A mon avis, elle ne fournit aucun fondement à une suggestion de légitime défense mais, à supposer qu'elle soit vraie, elle décrit plutôt la réaction d'un homme en colère qui pouvait, d'une main, bloquer son adversaire et, tout en étant assis dans le siège du conducteur, étirer l'autre bras vers le siège arrière de l'auto, ouvrir la caisse de bière, y prendre une bouteille et frapper son adversaire à la tête. Cela n'apporte pas la preuve qu'il ait repoussé la violence par la violence au sens du par. 34(1) du *Code criminel*. Cela offre plutôt la preuve de représailles calculées, bien après que le besoin de légitime défense s'est fait sentir. A mon avis, aucune vraisemblance ne peut être attribuée à l'affirmation que l'appelant a agi en légitime défense, en particulier lors-

background of the evidence adduced by the Crown. The trial judge, therefore, was not required to charge on this issue.

In the Court of Appeal, Crête C.J.Q. and Monet J.A. were of the opinion that any deficiencies in the charge on the issue of self-defence were such that the proviso in s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Code* should be applied to dismiss the appeal. I am in agreement with them. Applying the test in *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, and even assuming some deficiency in the charge given in this case, I am of the view that on the whole of the evidence, much of which was uncontested, there is no possibility that a jury, properly instructed, would have any reasonable doubt on the question of the appellant's guilt.

I refrain from any comment on the question dealt with by Dickson J. regarding the availability of a verdict of manslaughter where an accused acting in self-defence, as described in s. 34 of the *Code*, causes a death by the use of an excess of force.

I would dismiss the appeal.

The reasons of Dickson, Beetz, Chouinard and Lamer JJ.

DICKSON J.—This is an appeal from the Court of Appeal of Quebec following conviction of the appellant Brisson, by a jury at Montreal, on a charge of first degree murder. The question of substance is whether the trial judge erred in failing to direct the jury that if they found that the accused had used excessive force in defending himself from his victim, they should find him guilty only of manslaughter, and not murder.

After study of the transcript and the authorities the views which I hold with respect to the self-defence issue are as follows. In the first place I question whether there was any evidentiary base for the defence. Secondly, in my view, the verdict is murder and not manslaughter if the Crown establishes the requisite deadly intent (means to

qu'on considère cette déclaration, sur laquelle le moyen de défense repose entièrement, dans le contexte de la preuve à charge. Le juge du procès n'était donc pas tenu d'exposer ce moyen au jury.

En Cour d'appel, le juge Crête, juge en chef du Québec, et le juge Monet ont conclu que les vices de l'exposé du juge sur la question de la légitime défense, si tant est qu'il y en eût, étaient tels qu'ils devaient entraîner l'application de la réserve du sous-al. 613(1)(*b*)(iii) du *Code* et le rejet de l'appel. Je suis d'accord avec eux. En appliquant le critère énoncé dans l'arrêt *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739 et même en admettant que l'exposé en l'espèce est imparfait, je suis d'avis que vu l'ensemble de la preuve, essentiellement incontestée, il est impossible qu'un jury, correctement instruit, ait eu un doute raisonnable sur la question de la culpabilité de l'appelant.

Je m'abstiens de tout commentaire sur la question dont le juge Dickson traite, celle de la possibilité d'un verdict d'homicide involontaire coupable lorsqu'un accusé agissant en légitime défense, au sens de l'art. 34 du *Code*, cause la mort en utilisant une violence excessive.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer rendus par

LE JUGE DICKSON—Il s'agit d'un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec suivant la déclaration de culpabilité de l'appelant Brisson, par un jury à Montréal, sur une accusation de meurtre au premier degré. La question de fond est de savoir si le juge du procès a commis une erreur en n'indiquant pas au jury que s'il concluait que l'accusé avait utilisé une force excessive en se défendant contre sa victime, il devait le trouver coupable d'homicide involontaire coupable seulement et non de meurtre.

Après une analyse de la transcription des procédures et de la jurisprudence, j'en suis venu aux points de vue suivants sur la question de la légitime défense. D'abord, je me demande s'il y a, dans la preuve, des éléments qui permettent d'invoquer ce moyen de défense. Deuxièmement, à mon avis, le verdict est celui de meurtre et non d'homicide

cause death or means to cause bodily harm that he knows is likely to cause death and is reckless whether death ensues or not, s. 212 of the *Criminal Code*) and the defence of self-defence fails.

I

On the evidentiary point, the evidence gleaned from a statement of the accused to the police, was to the following effect. Brisson had met *un clochard* (a rubby-dub) with whom he had had supper. He took the *clochard* by taxi to the parking lot of the Hotel Loews and put him in his car. He gave the *clochard* a 40-ounce bottle of rye that was already in the trunk of the car. They drove about in the car for two-and-one-half hours, the *clochard* drinking throughout this time. At one point a dispute broke out and the *clochard* hit Brisson on the forehead with the half-empty bottle of rye. The statement by Brisson continues:

[TRANSLATION] At that point I stopped the car suddenly. I asked him to calm down, which he had no intention of doing. I pushed him back to his side, reached over to the back seat, took a bottle of beer from a case of twelve and hit him on the head with it to calm him down. The bottle shattered and he stopped moving. He was slumped over and motionless on the front seat with his head leaning against the door on the trim next to the window.

On these facts it seems to me highly questionable whether there was evidence to warrant placing the defence of self-defence before the jury. Assuming, however, *arguendo* that the trial judge was correct in charging the jury on self-defence I pass to the substantial legal point which arises.

II

Canadian Authorities

The defence of self-defence is codified in our *Criminal Code*. The *Code* preserves the common law with slight variation. Although it is to the *Code* and not the cases that we should primarily direct attention, the Canadian authorities which

involontaire coupable si la poursuite prouve l'intention d'homicide nécessaire (la personne ... a l'intention de causer la mort ou a l'intention de causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer la mort et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non; art. 212 du *Code criminel*) et le moyen de légitime défense ne peut réussir.

I

Quant au point fondé sur la preuve, les éléments de preuve tirés d'une déclaration faite par l'accusé à la police révèlent ce qui suit: Brisson avait fait la rencontre d'un clochard avec qui il était allé souper. Il a ramené le clochard en taxi jusqu'au stationnement de l'hôtel Loews et l'a fait monter dans sa propre voiture. Il a donné au clochard une bouteille de 40 onces de whisky qui se trouvait déjà dans le coffre de sa voiture. Ils ont fait un tour d'environ deux heures et demie en voiture pendant lequel le clochard buvait sans arrêt. A un moment donné, ils se sont querellés et le clochard a frappé Brisson au front avec la bouteille de whisky à demi pleine. La déclaration de Brisson poursuit:

Là j'ai arrêté subitement avec le char, je lui ai demandé de se calmer, ce qu'il n'vait (*sic*) pas l'intention de faire, je l'ai poussé dans son coin, je me suis étiré le bras sur le siège arrière, et j'ai pris une bouteille de bière dans la caisse de 12, et lui en asséna un coup sur la tête dans le but de le calmer, la bouteille a fracassé, et l'individu a cesser (*sic*) tout mouvement, il était inerte, il était écrasé sur le siège avant, la tête appuyé (*sic*) dans la porte, sur la finition avant d'arriver à la vitre.

De ces faits, il me paraît très douteux qu'il y ait des éléments de preuve qui justifient de soumettre le moyen de légitime défense au jury. Présumant toutefois, pour les fins de la discussion, que le juge du procès a eu raison de donner au jury des directives sur la légitime défense, j'aborde le point de droit fondamental ainsi soulevé.

II

La jurisprudence canadienne

Notre *Code criminel* codifie la légitime defense en tant que moyen de défense. Le *Code* conserve la *common law* quasiment intacte. Bien que ce soit le *Code* et non la jurisprudence qui devrait d'abord retenir notre attention, la jurisprudence cana-

have considered the issue of excessive force in self-defence have paid scant heed to the *Code*. They have concentrated, in the main, on the jurisprudence as it has developed in Australia, in England and in Canada. For that reason I will turn to the cases before addressing s. 34 of the *Criminal Code*.

A number of Canadian cases have suggested that it is open to a jury to bring in a verdict of manslaughter if they find that the force used by an accused in self-defence is excessive. The first of these is *R. v. Barilla* (1944), 82 C.C.C. 228 (B.C.C.A.). O'Halloran J.A. found error on the part of the trial judge in failing to instruct the jury that if they found that firing the revolver as Barilla did was an unnecessarily violent act of self-defence in the circumstances of the attack then launched, that it was open to them to find a verdict of manslaughter. There was no discussion in *Barilla* of the principles involved and no mention of the *Criminal Code*. O'Halloran J.A. relied on three very early English cases: *Mead's and Belt's Case* (1823), 1 Lewin 184, 168 E.R. 1006; *R. v. Smith* (1837), 8 Car & P. 160, 173 E.R. 441; *R. v. Odgers* (1843), 2 M. & Rob. 479, 174 E.R. 355 and upon the later case of *R. v. Hussey* (1924), 89 J.P. 28.

A close reading of the cases relied upon in *Barilla* provides scant support for the legal proposition for which those cases are said to stand. As will be seen, the Privy Council and the English Court of Appeal in later cases did not draw from these and other early English authorities the conclusion that excessive force in self-defence results in a manslaughter verdict.

Many of the Canadian cases simply follow *Barilla*. See for example, *R. v. Ouellette*, [1950] 2 W.W.R. 875 (B.C.C.A.) and *R. v. Basarabas and Spek* (1981), 62 C.C.C. (2d) 13 (B.C.C.A.). In *R. v. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216 (B.C.C.A.), Branca J.A. stated the law in the following terms (at p. 232):

> If the force used was not excessive and/or if the death was caused with the justification offered in s. 34(2)(*a*)

dienne qui examine la question de l'emploi de force excessive en légitime défense a accordé très peu d'attention au *Code*. Elle se concentre surtout sur l'évolution jurisprudentielle en Australie, en Angleterre et au Canada. Pour ce motif, je vais d'abord aborder la jurisprudence avant d'étudier l'art. 34 du *Code criminel*.

Un certains nombre d'arrêts canadiens donnent à entendre qu'un jury peut rendre un verdict d'homicide involontaire coupable s'il conclut qu'un accusé en légitime défense a employé une force excessive. Le premier de ces arrêts est *R. v. Barilla* (1944), 82 C.C.C. 228 (C.A. C.-B.). Le juge O'Halloran a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en n'indiquant pas au jury qu'il pouvait rendre un verdict d'homicide involontaire coupable s'il concluait que décharger un revolver, comme Barilla l'avait fait, constituait un geste de légitime défense d'une violence inutile dans les circonstances de l'agression en cause. Il n'y a pas, dans l'arrêt *Barilla*, de discussion des principes en cause et il n'y est pas fait mention du *Code criminel*. Le juge O'Halloran s'est fondé sur trois arrêts anglais très anciens: *Mead's and Belt's Case* (1823), 1 Lewin 184, 168 E.R. 1006; *R. v. Smith* (1837), 8 Car. & P. 160, 173 E.R. 441; *R. v. Odgers* (1843), 2 M. & Rob. 479, 174 E.R. 355 et sur l'arrêt plus récent de *R. v. Hussey* (1924), 89 J.P. 28.

Lus attentivement, les arrêts invoqués dans *Barilla* apportent très peu d'appui à l'argument juridique qu'ils sont censés fonder. Comme on le verra, le Conseil privé et la Cour d'appel d'Angleterre n'ont pas, dans des arrêts subséquents, tiré de ces arrêts et de la jurisprudence anglaise antérieure la conclusion que l'usage de force excessive en légitime défense emporte un verdict d'homicide involontaire coupable.

Plusieurs arrêts canadiens appliquent simplement l'arrêt *Barilla*. Voir, par exemple, *R. v. Ouellette*, [1950] 2 W.W.R. 875 (C.A. C.-B.) et *R. v. Basarabas and Spek* (1981), 62 C.C.C. (2d) 13 (C.A. C.-B.). Dans l'arrêt *R. v. Stanley* (1977), 36 C.C.C. (2d) 216 (C.A. C.-B.), le juge Branca énonce le droit de la façon suivante (à la p. 232):

> [TRADUCTION] Si la force employée n'a pas été excessive et/ou si la mort a été causée avec la justification

and (*b*) then he, Stanley, was justified in killing Blosky and was not criminally responsible.

On the other hand, if the force used was excessive or if the death was caused in circumstances not coming within the justification provided in s. 34(2)(*a*) and (*b*) and if there was not an intent within s. 212, then the death was caused by an unlawful act but not in circumstances amounting to murder.

The critical words are those found in the second paragraph "and if there was not an intent within s. 212". In *R. v. Crothers* (1978), 43 C.C.C. (2d) 27 the Saskatchewan Court of Appeal purported to adopt the principles stated by Branca J.A. in the headnote in *Stanley's* case. But the headnote is in error. The words to which I have above directed attention are repeated in the headnote "and if there was not intent within s. 42 of the *Criminal Code*". Section 42 is concerned with assertion of a right to a house or real property. No mention is made of s. 212 of the *Code* dealing with intent in murder.

Alberta has been the province in which the doctrine has been most favourably received but the Alberta Court of Appeal has been divided in its opinion as to the legal underpinning of the doctrine. In *R. v. Deegan*, [1979] 6 W.W.R. 97 (Alta. C.A.) Prowse J.A. said (at p. 104):

> If the accused's mind was consumed with an apprehension of death or grievous bodily harm, his acts thereafter "being the purely physical products of" such passion, can it be said that he formulated the requisite specific intent for murder? In my view, in such circumstances, he cannot be said to have formed a genuine intent of the nature required to support such a conviction.

If the accused does not have the intent requisite for murder under s. 212 of the *Code* or if there is reasonable doubt on the point, then of course the verdict should be manslaughter and not murder. If that is what is meant by the above passage then it would seem to me to be in accordance with principle. If, however, Mr. Justice Prowse is speaking of an intent other than that contemplated in s. 212 of the *Code* then I confess to some difficulty, and it is

mentionnée aux al. 34(2)*a*) et *b*), alors Stanley était justifié de tuer Blosky et il n'est pas criminellement responsable.

Par contre, si la force employée a été excessive ou si la mort a été causée dans des circonstances qui ne relèvent pas de la justification fournie aux al. 34(2)*a*) et *b*) et s'il y a absence de l'intention définie à l'art. 212, alors la mort a été causée par un acte illégal, mais dans des circonstances qui n'en font pas un meurtre.

Les mots déterminants sont ceux qui se trouvent au deuxième alinéa «et s'il y a absence de l'intention définie à l'art. 212». Dans l'arrêt *R. v. Crothers* (1978), 43 C.C.C. (2d) 27, la Cour d'appel de la Saskatchewan a voulu suivre les principes énoncés par le juge Branca qu'on trouve dans le sommaire de l'arrêt *Stanley*. Mais le sommaire comporte une erreur. Les mots que je viens de souligner sont repris dans le sommaire [TRADUCTION] «et s'il y a absence de l'intention définie à l'art. 42 du *Code criminel*». L'article 42 porte sur la revendication d'un droit à une maison ou à un bien immobilier. Il n'est pas question de l'art. 212 du *Code* qui porte sur l'intention en matière de meurtre.

C'est en Alberta que cette doctrine a été le plus favorablement reçue, mais la Cour d'appel de l'Alberta n'a pas été unanime quant au fondement juridique de la doctrine. Dans l'arrêt *R. v. Deegan*, [1979] 6 W.W.R. 97 (C.A. Alta.), le juge Prowse dit ceci (à la p. 104):

> [TRADUCTION] Si la pensée de l'accusé était minée par la crainte de la mort ou de lésions corporelles graves de sorte que ses actes subséquents n'étaient que «pure réaction physique» à ce sentiment, peut-on dire qu'il ait formé l'intention spécifique nécessaire pour qu'il y ait meurtre? A mon avis dans de telles circonstances, on ne peut dire qu'il ait formé une intention réelle du type de celle qui justifie pareille déclaration de culpabilité.

Si l'accusé n'a pas l'intention nécessaire pour qu'il y ait meurtre en application de l'art. 212 du *Code* ou s'il existe un doute raisonnable sur ce point, alors il va de soi qu'il faut rendre un verdict d'homicide involontaire coupable et non de meurtre. Si c'est ce que le passage précité signifie, alors il me semble conforme au principe. Si cependant le juge Prowse parle d'une intention différente de celle qui est prévue à l'art. 212 du *Code*, alors j'y

compounded by the following passage from his reasons (at p. 105):

> In cases where the learned trial judge finds that there is evidence that warrants placing the defence of self-defence before the jury, I am of the view that it is sufficient, in placing this issue of manslaughter based on such evidence, to do so by putting the following question to it: "If you find that the accused's actions were dictated by a fear of death of grievous bodily harm, or if you are left with a reasonable doubt on that point, then you should bring in a verdict of manslaughter although you found he used excessive force."
>
> This issue only arises after the jury has rejected the defence of self-defence, and is considering whether the accused had the intent required to support a conviction for murder. For this reason care should be taken to make clear to the jury that it must only consider this issue if it rejects that defence.

In *R. v. Fraser* (1980), 55 C.C.C. (2d) 503 Mr. Justice Moir of the Alberta Court of Appeal reviewed in some detail the Australian cases of *R. v. McKay*, [1957] V.R. 560, *R. v. Howe* (1958), 100 C.L.R. 448 (H.C. of Austr.) and *Viro v. The Queen*, (1978), 18 A.L.R. 257 (H.C. of Austr.) and concluded (at p. 522):

> The Australian High Court has therefore held that the qualified defence of excessive force operates as does the defence of provocation. The effect of the defence is not to negative the intention to kill or to cause injury but to hold that an intent to kill or injure, when force is permissible, is less morally culpable than the intent to kill or injure recklessly under other circumstances.

He referred to the fact that this conclusion was rejected by the Judicial Committee of the Privy Council in *Palmer v. The Queen*, [1971] 1 All E.R. 1077 followed by the English Court of Appeal in *R. v. McInnes*, [1971] 3 All E.R. 295 and left open by the House of Lords in *Reference under s. 48A of the Criminal Appeal (Northern Ireland) Act 1968 (No. 1 of 1975)*, [1976] 2 All E.R. 937.

Moir J.A. (with whom Lieberman J.A. concurred) observed, correctly in my opinion, that the law of Canada is in a very unsatisfactory state. "Decisions of various Courts of appeal go in both

vois des difficultés, encore aggravées par le passage suivant de ses motifs (à la p. 105):

> [TRADUCTION] Dans les affaires où le savant juge du procès conclut que la preuve lui permet de soumettre le moyen de légitime défense au jury, je crois qu'il suffit, pour soumettre la question de l'homicide involontaire coupable fondé sur cette preuve, de le faire en posant la question suivante au jury: «Si vous concluez que la peur de la mort ou de lésions corporelles graves ont poussé l'accusé à accomplir ces actes ou si vous avez un doute raisonnable sur ce point, alors vous devez rendre un verdict d'homicide involontaire coupable même si vous jugez qu'il a utilisé une force excessive.»
>
> Cette question se pose seulement après que le jury a rejeté la légitime défense et examiné si l'accusé a eu l'intention requise pour justifier une déclaration de culpabilité de meurtre. Pour ce motif, il faut prendre soin d'indiquer clairement au jury qu'il ne doit étudier cette question que s'il rejette la légitime défense.

Dans l'arrêt *R. v. Fraser* (1980), 55 C.C.C. (2d) 503, le juge Moir, de la Cour d'appel de l'Alberta, a analysé en détail les décisions australiennes *R. v. McKay*, [1957] V.R. 560, *R. v. Howe* (1958), 100 C.L.R. 448 (H.C. Austr.) et *Viro v. The Queen* (1978), 18 A.L.R. 257 (H.C. Austr.) et conclut (à la p. 522):

> [TRADUCTION] La Haute Cour d'Australie a donc déterminé que la défense restreinte d'usage de force excessive a le même effet que la défense de provocation. Cette défense n'a pas pour effet de réfuter l'intention de causer la mort ou des blessures, mais de faire en sorte que l'intention de causer la mort ou des blessures, lorsqu'il est permis d'user de la force, est moins condamnable moralement que celle de causer la mort ou des blessures avec insouciance dans d'autres circonstances.

Il a mentionné que le Comité judiciaire du Conseil privé a rejeté cette conclusion dans l'arrêt *Palmer v. The Queen*, [1971] 1 All E.R. 1077, que la Cour d'appel d'Angleterre a suivi dans l'arrêt *R. v. McInnes*, [1971] 3 All E.R. 295, et que la Chambre des lords n'a pas tranché la question dans *Reference under s. 48A of the Criminal Appeal (Northern Ireland) Act 1968 (No. 1 of 1975)*, [1976] 2 All E.R. 937.

Le juge Moir (aux motifs duquel le juge Lieberman a souscrit) fait remarquer, avec raison à mon avis, que le droit canadien laisse beaucoup à désirer. [TRADUCTION] «Les arrêts de différentes

directions and, indeed, may be inconsistent within the same Court." He continued at p. 523:

In the rather uncertain state of the law and for the reasons given by the High Court of Australia in *Viro* I hold that the qualified defence of excessive force is available to the respondent. However, for it to exist the following elements must be found by the trier of fact:

1. Certain serious circumstances must exist which led the accused to reasonably believe a situation involving danger existed.

2. The accused used unreasonable or excessive force.

3. The accused was acting honestly when he used excessive force in that he mistakenly believed that the degree of force he was using was reasonable.

If all of these elements are found, and even if the trier of the fact concludes the accused intentionally killed the victim, the qualified defence may be successfully invoked and the accused may be found guilty of manslaughter only.

Mr. Justice Moir founded himself upon a reduced moral culpability of the accused, as in provocation, to make the crime manslaughter and not murder. One of the difficulties of this approach, as it seems to me, lies in the fact that Parliament has recognized the possibility of a lesser moral culpability in a situation of provocation and has made due provision for it, in express and precise terms, in s. 215 of the *Code*. Culpable homicide that otherwise would be murder may be reduced to manslaughter if the person who committed it did so in the heat of passion caused by sudden provocation (s. 215(1)). The conditions which must be met are set out in detail in the *Code*:

(2) A wrongful act or insult that is of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control is provocation for the purposes of this section if the accused acted upon it on the sudden and before there was time for his passion to cool.

(3) For the purposes of this section the questions

(*a*) whether a particular wrongful act or insult amounted to provocation, and

(*b*) whether the accused was deprived of the power of self-control by the provocation that he alleges he received,

cours d'appel vont dans des directions opposées et même ceux d'une même cour peuvent être incompatibles». Il poursuit à la p. 523:

[TRADUCTION] Vu l'état plutôt incertain du droit et les motifs donnés par la Haute Cour d'Australie dans l'arrêt *Viro*, je conclus que l'intimé peut faire valoir la défense restreinte d'usage de force excessive. Toutefois pour que ce moyen de défense puisse être présenté, le juge des faits doit être convaincu de l'existence des éléments suivants:

1. Il doit y avoir certaines circonstances graves qui ont amené l'accusé à croire de façon raisonnable à une situation comportant un danger.

2. L'accusé a fait usage de force excessive ou injustifiée.

3. L'accusé a agi de bonne foi lorsqu'il a fait usage de force excessive en ce qu'il a cru par erreur que le degré de force dont il faisait usage était raisonnable.

Si tous ces éléments sont rassemblés et même si le juge des faits conclut que l'accusé a tué la victime intentionnellement, l'accusé peut invoquer la défense restreinte avec succès et être trouvé coupable d'homicide involontaire coupable seulement.

Le juge Moir s'est fondé sur le degré moindre de responsabilité morale de l'accusé, comme pour la provocation, pour qualifier l'acte criminel d'homicide involontaire coupable plutôt que de meurtre. Une des difficultés que comporte cette façon de voir tient, il me semble, à ce que le législateur a reconnu la possibilité d'une responsabilité morale moindre en cas de provocation et l'a prévue expressément en termes clairs et précis à l'art. 215 du *Code*. Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre peut être réduit à un homicide involontaire coupable si la personne qui l'a commis a ainsi agi dans un accès de colère causé par une provocation soudaine (par. 215(1)). Les conditions auxquelles il faut satisfaire sont énoncées en détail dans le *Code*:

(2) Une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, est une provocation aux fins du présent article, si l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

(3) Aux fins du présent article, les questions de savoir

*a*) si une action injuste ou une insulte déterminée équivalait à une provocation, et

*b*) si l'accusé a été privé du pouvoir de se maîtriser par la provocation qu'il allègue avoir reçue,

are questions of fact, but no one shall be deemed to have given provocation to another by doing anything that he had a legal right to do, or by doing anything that the accused incited him to do in order to provide the accused with an excuse for causing death or bodily harm to any human being.

(4) Culpable homicide that otherwise would be murder is not necessarily manslaughter by reason only that it was committed by a person who was being arrested illegally, but the fact that the illegality of the arrest was known to the accused may be evidence of provocation for the purpose of this section.

Mr. Justice Moir and Mr. Justice Lieberman in *R. v. Fraser, supra,* adopted the very detailed charge as set out by Mason J. in *Viro v. The Queen:*

(1)(a) It is for the jury first to consider whether when the accused killed the deceased the accused reasonably believed that an unlawful attack which threatened him with death or serious bodily harm was being or was about to be made upon him.

(b) By the expression 'reasonably believed' is meant, not what a reasonable man would have believed, but what the accused himself might reasonably believe in all the circumstances in which he found himself.

(2) If the jury is satisfied beyond reasonable doubt that there was no reasonable belief by the accused of such an attack no question of self-defence arises.

(3) If the jury is not satisfied beyond reasonable doubt that there was no such reasonable belief by the accused, it must then consider whether the force in fact used by the accused was reasonably proportionate to the danger which he believed he faced.

(4) If the jury is not satisfied beyond reasonable doubt that more force was used than was reasonably proportionate it should acquit.

(5) If the jury is satisfied beyond reasonable doubt that more force was used, then its verdict should be either manslaughter or murder, that depending upon the answer to the final question for the jury—did the accused believe that the force which he used was reasonably proportionate to the danger which he believed he faced.

(6) If the jury is satisfied beyond reasonable doubt that the accused did not have such a belief the verdict will be murder. If it is not satisfied beyond reasonable

sont des questions de fait, mais nul n'est censé avoir provoqué un autre individu en faisant quelque chose qu'il avait un droit légal de faire, ou en faisant une chose que l'accusé l'a incité à faire afin de fournir à l'accusé une excuse pour causer la mort ou des lésions corporelles à un être humain.

(4) Un homicide coupable qui, autrement, serait un meurtre, n'est pas nécessairement un homicide involontaire coupable du seul fait qu'il a été commis par une personne alors qu'elle était illégalement mise en état d'arrestation; mais le fait que l'illégalité de l'arrestation était connue de l'accusé peut constituer une preuve de provocation aux fins du présent article.

Dans l'arrêt *R. v. Fraser*, précité, les juges Moir et Lieberman ont suivi les directives très détaillées que le juge Mason a énoncées dans l'arrêt *Viro v. The Queen*:

[TRADUCTION] (1)a) Il appartient d'abord au jury de déterminer si, au moment où l'accusé a tué la victime, il a raisonnablement cru qu'il faisait l'objet ou était menacé d'une agression illégale où il risquait la mort ou des lésions corporelles graves.

b) Par l'expression «a raisonnablement cru», on veut dire non pas ce qu'une personne raisonnable aurait cru mais ce que l'accusé lui-même a pu raisonnablement croire d'après toutes les circonstances où il se trouvait.

(2) Si le jury est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'a pas raisonnablement cru à une telle agression, la question de la légitime défense ne se pose pas.

(3) Si le jury n'est pas convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'a pas raisonnablement cru à une telle agression, le jury doit alors déterminer si la force effectivement utilisée par l'accusé était raisonnablement proportionnée au danger auquel celui-ci se croyait exposé.

(4) Si le jury n'est pas convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé a employé plus de force qu'il était raisonnablement proportionné au danger, il doit prononcer l'acquittement.

(5) Si le jury est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé a fait usage de plus de force que nécessaire, il doit alors rendre un verdict d'homicide involontaire coupable ou de meurtre selon la réponse à la dernière question que le jury doit se poser: l'accusé a-t-il cru que la force qu'il employait était raisonnablement proportionnée au danger auquel il se croyait exposé.

(6) Si le jury est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'y a pas cru, il doit rendre un verdict de meurtre. S'il n'est pas convaincu hors de tout doute

doubt that the accused did not have that belief the verdict will be manslaughter [at p. 303].

If the law of Canada is as above and judges must henceforth give juries instructions on the issue of manslaughter arising from excessive use of force in self-defence along the lines of those set forth by Mason J. in *Viro v. The Queen*, I cannot but think that the task of the jury, presently difficult enough in a murder case, will be vastly more so.

In Manitoba a unanimous Court of Appeal in *R. v. Appleby*, [1979] 1 W.W.R. 664 rejected the idea that if excessive force is used, then the verdict must be manslaughter and not murder, O'Sullivan J.A. being of the opinion that the present law in England and in Canada is as summed up in Archbold *Criminal Pleading, Evidence and Practice*, 39th ed., 1976, p. 1035, paragraph 2470:

> Where a person who is attacked uses a greater degree of force than was necessary in the circumstances and thereby kills the aggressor, and the jury accordingly reject a defence of self-defence, a verdict of manslaughter may in some cases still be open to them. There is no rule that, on a charge of homicide where a defence of self-defence has been raised but has failed because the force used went beyond what was reasonable in the circumstances, the judge should direct the jury that the verdict should be guilty of manslaughter only . . . There are cases of this kind where a direction to that effect would be wholly inappropriate and where the proper verdict would be guilty of murder . . . However, the facts on which the defence of self-defence was unsuccessfully sought to be based may in some cases go to show that the defendant acted under provocation or that, although acting unlawfully, he lacked the intent to kill or to cause grievous bodily harm; and in such cases a verdict of manslaughter would be proper.

Archbold, of course, is summarizing the position in England subsequent to the Privy Council decision in *Palmer v. The Queen, supra.*

The Ontario Court of Appeal has dealt with the matter now under discussion in a number of cases over the last few years. In *R. v. Hay* (1973), 22

raisonnable que l'accusé n'y a pas cru, il doit rendre un verdict d'homicide involontaire coupable [à la p. 303].

Si le droit canadien correspond à cet exposé et si les juges doivent désormais donner des directives aux jurys sur la question d'homicide involontaire coupable découlant de l'usage d'une force excessive en légitime défense dans le sens qu'indique le juge Mason dans l'arrêt *Viro v. The Queen*, je ne puis faire autrement que conclure que la tâche du jury, qui est déjà passablement difficile dans une affaire de meurtre, le sera encore beaucoup plus.

Dans l'arrêt *R. v. Appleby*, [1979] 1 W.W.R. 664, la Cour d'appel du Manitoba a, à l'unanimité, rejeté l'idée que s'il y avait eu usage de force excessive il fallait rendre un verdict d'homicide involontaire coupable et non un verdict de meurtre. Le juge O'Sullivan était d'avis que l'état actuel du droit en Angleterre et au Canada correspond à l'exposé dans Archbold *Criminal Pleading, Evidence and Practice*, 39e éd., 1976, à la p. 1035, paragraphe 2470:

> [TRADUCTION] Lorsqu'une personne victime d'une agression emploie plus de force qu'il n'est nécessaire dans les circonstances et de ce fait tue l'agresseur, et que le jury rejette en conséquence la légitime défense, ce dernier peut quand même, dans certains cas, rendre un verdict d'homicide involontaire coupable. Il n'existe pas de règle selon laquelle, dans une affaire d'homicide où la légitime défense a été invoquée mais rejetée parce que la force utilisée dépassait ce qui était raisonnable dans les circonstances, le juge doit indiquer au jury qu'il devrait rendre un verdict d'homicide involontaire coupable seulement . . . Il y a des cas de ce genre où une directive en ce sens serait tout à fait inappropriée et où le verdict à rendre est celui de meurtre . . . Toutefois les faits sur lesquels on a cherché à fonder la légitime défense de manière infructueuse peuvent dans certains cas révéler que le défendeur a été provoqué ou que, même s'il a agi illégalement, il n'a pas eu l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves; et dans ces cas un verdict approprié serait celui d'homicide involontaire coupable.

Archbold résume, évidemment, la situation qui existe en Angleterre depuis l'arrêt du Conseil privé *Palmer v. The Queen*, précité.

La Cour d'appel de l'Ontario s'est penchée sur la question soulevée en l'espèce dans plusieurs arrêts rendus au cours de ces dernières années.

C.R.N.S. 191 the Court concluded that no jury properly instructed could have come to the conclusion that the force represented by the firing of the shot was not excessive; accordingly, on the evidence, the defence of self-defence was not available to the accused. In *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6, the charge was one of attempted murder and it was urged that the trial judge had erred in failing to direct the jury that excessive force in self-defence leads to a verdict of attempted manslaughter. The court held it unnecessary to decide the question whether there is a separate rule that excessive force used in self-defence reduces murder to manslaughter and the limits of that doctrine, since, where it is recognized, it is applicable only where the charge is murder. Mr. Justice Martin, speaking for the court, noted that the Judicial Committee of the Privy Council in *Palmer v. The Queen, supra*, held that there is no separate rule of law that excessive force in self-defence leads to a verdict of manslaughter, although an issue might, none the less, arise whether there was provocation where self-defence is relied on, or whether the requisite intent for murder had been proved. He added "[e]ven in Australia where excessive force in self-defence is recognized as a "qualified" defence to murder, the precise limits of the doctrine have not been finally settled: see *Australian Criminal Law*, 2nd ed., pp. 96-98, by Colin Howard" (at p. 17).

Dans l'arrêt *R. v. Hay* (1973), 22 C.R.N.S. 191, elle a conclu qu'un jury qui ayant des directives appropriées n'aurait pu conclure que la force d'un coup de feu n'était pas excessive; donc, d'après ce qui se dégageait de la preuve, l'accusé ne pouvait invoquer la légitime défense. Dans l'affaire *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6, il s'agissait d'une accusation de tentative de meurtre et l'on a fait valoir que le juge du procès avait commis une erreur en omettant d'indiquer au jury que l'usage de force excessive en légitime défense emporte un verdict de tentative d'homicide involontaire coupable. La cour n'a jugé nécessaire ni de trancher la question de savoir s'il existe une règle distincte selon laquelle l'usage de force excessive en légitime défense réduit un meurtre à un homicide involontaire coupable, ni de tracer les limites de cette doctrine, car, dans les ressorts où celle-ci est reconnue, elle ne s'applique qu'aux accusations de meurtre. Le juge Martin, parlant au nom de la Cour d'appel, a fait remarquer que le Comité judiciaire du Conseil privé, dans l'arrêt *Palmer v. The Queen*, précité, a conclu qu'il n'existe pas de règle de droit distincte selon laquelle l'usage de force excessive en légitime défense emporte un verdict d'homicide involontaire coupable, bien que puisse tout de même se poser la question de savoir s'il y a eu provocation lorsqu'on invoque la légitime défense, ou si l'on a prouvé l'intention requise pour le meurtre. Il a ajouté: [TRADUCTION] «même en Australie où l'usage de force excessive en légitime défense est reconnu comme un moyen de défense «restreint» contre une accusation de meurtre, on n'a pas encore fixé, de façon définitive, les limites précises de cette doctrine: voir *Australian Criminal Law*, 2e éd., aux pp. 96 à 98, de Colin Howard» (à la p. 17).

The Ontario Court of Appeal returned to the question of excessive self-defence in *R. v. Trecroce* (1980), 55 C.C.C. (2d) 202, the judgment of the court being again delivered by Mr. Justice Martin. The discussion on this point was *obiter* (at p. 211):

> In the present case, assuming without deciding, that the qualified defence of excessive self-defence exists as a substantive doctrine, the circumstances were not such as to require its submission to the jury.

La Cour d'appel de l'Ontario est revenue sur la question de l'usage de force excessive en légitime défense dans l'arrêt *R. v. Trecroce* (1980), 55 C.C.C. (2d) 202. C'est encore le juge Martin qui a prononcé le jugement de la cour et dit dans une opinion incidente (à la p. 211):

> [TRADUCTION] En l'espèce, à supposer, sans trancher la question, que la défense restreinte d'usage de force excessive en légitime défense existe en tant que doctrine indépendante, les circonstances n'exigent pas qu'elle soit soumise à l'appréciation du jury.

and:

Whatever the true view may be, which we do not find necessary to decide, the doctrine of excessive force in self-defence has no application to the facts of this case. Where excessive force in self-defence has been recognized as a substantive doctrine, it would appear that the following conditions, at least, are necessary to give rise to that qualified defence:

(a) The accused must have been justified in using some force to defend himself against an attack, real or *reasonably apprehended.*

(b) The accused must have *honestly* believed that he was justified in using the force that he did.

(c) The force used was excessive only because it exceeded what the accused could *reasonably* have considered necessary.

Prior to the foregoing passage Mr. Justice Martin reviewed most of the cases to which I have adverted and then referred to the writings of Professor Colin Howard, who has written extensively on the subject (at pp. 210-11):

Professor Colin Howard who, on balance, supports the view that excessive self-defence is a qualified defence to murder discusses in an informative article some of the difficulties inherent in the doctrine: "Two Problems in Excessive Defence", 84 L.Q.R. 343 (1968). The *rationale* of the doctrine has, perhaps, not been finally settled. Professor Howard suggests that the basis of excessive self-defence might be assimilated with provocation, extenuating even an intentional killing. He, however, appears to favour the view that a killing by the use of excessive force in self-defence is properly classified as a form of involuntary manslaughter arising from criminal negligence. The doctrine is not necessarily more generous to the accused than the traditional view as expounded by Lord Morris in *Palmer v. The Queen, supra*: see Smith and Hogan, *Criminal Law*, 4th ed. (1978), pp. 330-1.

Recently, in an as yet unreported decision[1], *R. v. Reilly* (Howland C.J.O., Arnup and Weatherston JJ.A., judgment delivered March 9, 1982) the Ontario Court of Appeal, speaking through Arnup

[1] Now published at (1982), 66 C.C.C. (2d) 146.

et:

[TRADUCTION] Quel que soit le bon point de vue, et nous n'estimons pas nécessaire de nous prononcer sur cette question, la doctrine de l'usage de force excessive en légitime défense ne s'applique pas aux faits en l'espèce. Dans les ressorts qui ont reconnu l'usage de force excessive en légitime defense comme une doctrine indépendante, il faut apparemment au moins satisfaire aux conditions suivantes pour pouvoir invoquer cette défense restreinte:

a) L'accusé doit avoir eu un motif valable de recourir à la force pour se défendre contre une agression réelle ou qu'il pouvait *raisonnablement appréhender.*

b) L'accusé a dû *honnêtement* croire que la force qu'il a utilisée était justifiée.

c) Le caractère excessif de la force utilisée vient uniquement de ce qu'elle dépassait ce que l'accusé a pu *raisonnablement* juger nécessaire.

Avant d'arriver au passage ci-dessus, le juge Martin a passé en revue la plupart des arrêts dont j'ai déjà fait mention, puis il s'est référé aux textes du professeur Colin Howard qui a beaucoup écrit sur ce sujet (aux pp. 210 et 211):

[TRADUCTION] Le professeur Colin Howard qui, tout compte fait, appuie le point de vue que l'usage de force excessive en légitime défense constitue une défense restreinte à une accusation de meurtre, traite, dans un article instructif, de certaines difficultés inhérentes à la doctrine: «Two Problems in Excessive Defence», 84 L.Q.R. 343 (1968). On n'a peut-être pas encore établi de façon définitive la raison d'être de cette doctrine. Le professeur Howard suggère qu'au fond, l'usage de force excessive en légitime défense pourrait être assimilé à la provocation et qu'il vient même donc atténuer un homicide intentionnel. Il semble toutefois favorable au point de vue que l'homicide par l'emploi de force excessive en légitime défense appartient à une forme d'homicide involontaire coupable qui résulte de négligence criminelle. Cette doctrine n'est pas nécessairement plus généreuse à l'endroit de l'accusé que le point de vue traditionnel énoncé par Lord Morris dans l'arrêt *Palmer v. The Queen*, précité: voir Smith et Hogan, *Criminal Law*, 4e éd. (1978), aux pp. 330 et 331.

Dernièrement, dans l'arrêt *R. v. Reilly*, encore inédit[1] (le juge en chef Howland et les juges Arnup et Weatherston, jugement rendu le 9 mars 1982), la Cour d'appel de l'Ontario, par l'intermé-

[1] Maintenant publié à (1982), 66 C.C.C. (2d) 146.

J.A. again reviewed the cases and concluded:

> In the light of the decisions of the Courts of Appeal of British Columbia, Alberta and Saskatchewan, and upon consideration of the careful review of the subject by Martin J. A. in *Campbell* and *Trecroce*, *supra*, I have reached the conclusion that the doctrine of excessive force in self-defence rendering the accused guilty only of manslaughter instead of murder should be recognized in Ontario. Without deciding that there are no other requisites for its application in particular cases, I conclude also that the conditions stated by Martin J. A. in *Trecroce* as to the minimum prerequisites should be applied.

The judgment does not say why the use of excessive force in self-defence should reduce murder to manslaughter, nor is there reference to the *Criminal Code*.

The review of judgments of provincial appellate courts will be complete with reference to *Pilon v. The Queen*, [1966] 2 C.C.C. 53 in which Owen J.A. was of the opinion, at p. 59 of the report, that the instructions given to the jury were not satisfactory, in particular because "the presiding Judge omitted to instruct the jury that excessive force used in self-defence could result in a verdict of manslaughter". That is all that was said on the point.

In *Linney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 646, Mr. Justice de Grandpré and I, in our respective judgments, made reference to the trial judge's charge in which, *inter alia*, he directed the jury that excessive use of force in self-defence would lead to a verdict of manslaughter. That part of the charge passed without comment in this Court for the reason that that issue was not before us. The only question in *Linney's* case was whether the trial judge erred in failing to instruct the jury that if they were in doubt as to whether the act of killing was provoked it was their duty to reduce the offence from murder to manslaughter.

diaire du juge Arnup, a de nouveau passé les arrêts en revue et a conclu:

> [TRADUCTION] Vu les arrêts des cours d'appel de la Colombie-Britannique, de l'Alberta et de la Saskatchewan, et compte tenu de l'étude minutieuse de ce sujet que le juge Martin a faite dans les arrêts *Campbell* et *Trecroce*, précités, j'en suis venu à la conclusion qu'il y a lieu de reconnaître en Ontario la doctrine de l'usage de force excessive en légitime défense, de sorte qu'un accusé sera coupable d'homicide involontaire coupable et non pas de meurtre. Sans décider que l'application de cette doctrine dans des cas précis n'est assortie d'aucune autre condition, je conclus également qu'il y a lieu d'appliquer les conditions préalables minimales énoncées par le juge Martin dans l'arrêt *Trecroce*.

On ne dit pas dans les motifs de jugement pourquoi l'usage de force excessive en légitime défense doit réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable; on ne renvoie pas non plus au *Code criminel*.

Pour compléter cette étude des arrêts des différentes cours d'appel provinciales, je cite l'arrêt *Pilon v. The Queen*, [1966] 2 C.C.C. 53, où le juge Owen a exprimé l'avis, à la p. 59 du recueil, que les directives données au jury étaient inadéquates, plus précisément elles étaient inadéquates parce que [TRADUCTION] «le juge qui présidait au procès a[vait] omis de dire au jury que l'usage de force excessive en légitime défense pourrait entraîner un verdict d'homicide involontaire coupable». Il n'en a pas dit plus long sur ce point.

Dans les motifs que nous avons respectivement rédigés relativement à l'affaire *Linney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 646, le juge de Grandpré et moi avons fait mention de l'exposé du juge du procès où il avait dit notamment au jury que l'usage de force excessive en légitime défense emporterait un verdict d'homicide involontaire coupable. Si cette partie de l'exposé n'a suscité aucune observation en cette Cour, c'est parce que nous n'étions pas saisis de cette question-là. En effet, la seule question dans l'affaire *Linney* était de savoir si le juge du procès avait commis une erreur en omettant d'indiquer aux jurés qu'ils avaient le devoir de reduire l'infraction de meurtre à celle d'homicide involontaire coupable s'ils avaient des doutes quant à savoir si le meurtre avait été commis par suite d'une provocation.

A review of the Canadian authorities shows a singular lack of uniformity in result and in reasoning. It is difficult to say that the cases follow any pattern, or the law of any country, or that, to date, any clear statement of principle has emerged.

III

Australia

The defence of the excessive use of force in self-defence is often referred to as an Australian doctrine and its origin traced to a series of Australian cases. Some common law states in Australia have held that an accused, who used more force than reasonably necessary to defend himself and caused the death of his assailant, would be guilty of manslaughter and not murder, provided he believed that the degree of force he was using was warranted by the situation. The general statement of the Australian law was made by Dixon C.J. in *Howe*, *supra*, at pp. 460-61:

The assumption made for the purpose of [deciding whether excessive defence is manslaughter] is that a man actually defending himself from the real or apprehended violence of the deceased has used more force than was justified by the occasion and that death has ensued from this use of excessive force. In all other respects, so it is assumed, the elements of a plea of self-defence existed. That is to say it is assumed that an attack of a violent and felonious nature, or at least of an unlawful nature, was made or threatened so that the person under attack or threat of attack reasonably feared for his life or the safety of his person from injury, violation or indecent or insulting usage. This would mean that an occasion has arisen entitling the person charged with murder to resort to force to repel force or apprehended force. Had he used no more force than was proportionate to the danger in which he stood, or reasonably supposed he stood, although he thereby caused the death of his assailant he would not have been guilty either of murder or manslaughter. But assuming that he was not entitled to a complete defence to a charge of murder, for the reason only that the force or violence which he used against his assailant or apprehended assailant went beyond what was needed for his protection or what the circumstances could cause him reason-

Il ressort d'un examen des arrêts canadiens que ceux-ci traduisent un manque remarquable d'uniformité tant au niveau de leurs conclusions qu'au niveau du raisonnement appliqué. On peut difficilement prétendre que ces arrêts manifestent une tendance quelconque ou qu'ils appliquent le droit d'un pays en particulier ou que, jusqu'à présent, il s'en est dégagé une déclaration de principe claire.

III

L'Australie

Le moyen de défense d'usage excessif de la force en légitime défense est souvent qualifié de doctrine australienne et son origine remonte à une série de décisions australiennes. Dans certains États australiens qui sont régis par la *common law*, on a statué qu'un accusé qui, pour se défendre, emploie plus de force qu'il n'est raisonnablement nécessaire et cause ainsi la mort de son agresseur, sera coupable d'homicide involontaire coupable et non pas de meurtre, pourvu qu'il ait cru que la situation justifiait le degré de force qu'il a employé. C'est le juge en chef Dixon qui, dans l'arrêt *Howe*, précité, donne l'énoncé général du droit australien dans ce domaine (aux pp. 460 et 461):

[TRADUCTION] Pour [décider si l'usage de force excessive en légitime défense entraîne la culpabilité d'homicide involontaire coupable], on présume qu'un homme qui se défend effectivement contre la violence réelle ou appréhendée de la victime a employé plus de force que la situation ne le justifiait et que la mort a résulté de cet usage de force excessive. À tous les autres égards, on le présume, les éléments d'un plaidoyer de légitime défense étaient présents. C'est-à-dire que l'on présume qu'il y a eu une attaque de nature violente et criminelle ou au moins de nature illégale, ou qu'il y a eu menace de pareille attaque, de sorte que la personne attaquée ou visée par la menace avait un motif raisonnable de craindre que sa vie ou sa sécurité personnelle pourrait être mis en danger par suite de lésions corporelles ou de procédés violents, indécents ou injurieux. En d'autres termes, il s'agirait d'une situation où la personne accusée de meurtre pourrait recourir à la force pour repousser la force ou l'usage appréhendé de la force. Si elle avait employé une force qui n'était que proportionnée au danger auquel elle faisait face ou auquel elle croyait, pour des motifs raisonnables, faire face, quand bien même l'usage de cette force aurait causé la mort de son agresseur, elle n'aurait été coupable ni de meurtre ni d'homicide involontaire coupable. Mais, à supposer

ably to believe to be necessary for his protection, of what crime does he stand guilty? Is the consequence of the failure of his plea of self-defence on that ground that he is guilty of murder or does it operate to reduce the homicide to manslaughter?

qu'elle ne puisse bénéficier d'un moyen de défense complet à une accusation de meurtre, et ce uniquement parce que la force ou la violence qu'elle a utilisée contre son agresseur ou contre celui de la part de qui elle craignait une agression, dépassait les limites de ce qui était nécessaire pour sa protection ou de ce que, compte tenu des circonstances, elle pouvait raisonnablement croire nécessaire pour sa protection, de quel crime est-elle coupable? Résulte-t-il du rejet, pour ce motif, de son plaidoyer de légitime défense qu'elle est coupable de meurtre ou l'homicide est-il réduit à homicide involontaire coupable?

Dixon C.J. gave this answer to the question he posed himself:

> There is no clear and definite judicial decision providing an answer to this question but it seems reasonable in principle to regard such a homicide as reduced to manslaughter . . .

Voici la réponse qu'a donnée le juge en chef Dixon à sa propre question:

> [TRADUCTION] Il n'y a pas d'arrêt clair et précis qui répond à cette question, mais il paraît raisonnable en principe de considérer qu'en pareil cas l'homicide est réduit à un homicide involontaire coupable . . .

See in elaboration of this *R. v. Howe, supra, Viro v. The Queen, supra, R. v. Bufalo*, [1958] V.R. 363, *R. v. Haley* (1959), 76 W.N. (N.S.W.) 550, *R. v. Tikos (No.1)*, [1963] V.R. 285, *R. v. Tikos (No. 2)*, [1963] V.R. 306. There is also extensive scholarly writing available including Morris, "The Slain Chicken Thief", (1958) 2 Sydney L. Rev. 414; Morris, "Development in the Law of Homicide", [1960] Crim. L.R. 468; Morris, "A New Qualified Defence to Murder", (1960) Adelaide L. Rev. 23:

> This explicit formulation by the Australian courts of a previously unrecognised qualified defence to a charge of murder is a major development in the law of homicide. It recognises a middleground between a conviction of murder and an acquittal . . . [at p. 23].

Pour de plus amples détails sur ce sujet voir les arrêts *R. v. Howe*, précité, *Viro v. The Queen*, précité, *R. v. Bufalo*, [1958] V.R. 363, *R. v. Haley* (1959), 76 W.N. (N.S.W.) 550, *R. v. Tikos (No. 1)*, [1963] V.R. 285, *R. v. Tikos (No. 2)*, [1963] V.R. 306. Il existe également de nombreux écrits savants dont Morris, «The Slain Chicken Thief», (1958) 2 Sydney L. Rev. 414; Morris, «Development in the Law of Homicide», [1960] Crim. L.R. 468; Morris, «A New Qualified Defence to Murder», (1960) Adelaide L.Rev. 23:

> [TRADUCTION] Cette formulation explicite par les cours australiennes d'un moyen de défense restreint, jusque-là non reconnu, opposable à une accusation de meurtre marque un tournant dans l'évolution du droit en matière d'homicide. On reconnaît par là l'existence d'un moyen terme entre une déclaration de culpabilité de meurtre et un acquittement . . . [à la p. 23].

Some authors have expressed doubt as to the utility of this development, given the familiar rules relating to involuntary manslaughter. Thus, Professor Howard has written:

> The second difficulty in the present law arises from the form it has taken of being a new category of voluntary manslaughter. To regard excessive defence in its present form as voluntary manslaughter is unsatisfactory because there is no present analogy between excessive defence and provocation. It follows that the law would be clearer and more satisfactory if an excessive defence case were regarded as an instance of involuntary manslaughter rather than voluntary manslaughter.

Certains auteurs ont exprimé des doutes quant à l'utilité de cette innovation, étant donné les règles bien connues relatives à l'homicide involontaire coupable. Ainsi, le professeur Howard a écrit:

> [TRADUCTION] La seconde difficulté que présente le droit actuel résulte de ce qu'il revêt la forme d'une nouvelle catégorie d'homicides volontaires. Il ne convient pas de considérer l'usage de force excessive en légitime défense, dans la forme actuelle de ce moyen de défense, comme un homicide volontaire parce qu'il ne présente pas d'analogie avec la provocation. Il s'ensuit que le droit dans ce domaine serait à la fois plus clair et plus utile si l'on considérait un cas d'usage de force

Alternatively, if they thought it were open to them, the courts might convert excessive defence into a true voluntary manslaughter by changing its basis to assimilate it with provocation [Howard, "Two Problems in Excessive Defence", (1968) 84 L.Q.R. 343 at pp. 360-61].

Other useful scholarly writings are Howard, "Excessive Defence", [1964] Crim. L.R. 448, Morris and Howard, "A New Manslaughter" in *Studies in Criminal Law* (1964); Smith, "Excessive Defence—A Rejection of Australian Initiative", [1972] Crim. L.R. 524; Sornarajah, "Excessive Self-Defence in Commonwealth Law", (1972) 21 Int. and Comp. L.Q. 758; James, "The Queensbury Rules of Self Defence", (1972) 21 Int. and Comp. L.Q. 357.

Professor Elliot ("Excessive Self-Defence in Commonwealth Law" (1973) 22 Int. and Comp. L.Q. 727) is critical of the doctrine. He introduces his article with the trenchant paragraph:

> The task of defining the proper scope of excessive self-defence is a difficult one. It will be argued that the Australian cases, despite their considerable heuristic value, have not resolved the difficulty. It should be added that, so far as Australian law is concerned, it may well be time for an obituary. The plea of excessive self-defence has no basis in statute or code in Australia. It was fashioned from common law material and it is not unlikely that the doctrine received its quietus with the Privy Council decision in *Palmer*.

Discussing the limits of self-defence in the Australian cases, he concludes that (at p. 736):

> The common law doctrine of excessive self-defence, as it has developed in Australia, is seriously defective. In cases where it does apply it will often add little more than unnecessary complication to the issues of self-defence and provocation. And it appears to be inapplicable in a class of cases where there is genuine need for a qualified defence.

excessive en légitime défense comme un homicide involontaire coupable et non pas comme un homicide volontaire. Subsidiairement, si les cours estimaient qu'elles avaient cette possibilité, elles pourraient, en l'assimilant à la provocation, transformer l'usage de force excessive en légitime défense en homicide volontaire au sens strict. [Howard, «Two Problems in Excessive Defence», (1968) 84 L.Q.R. 343, aux pp. 360 et 361].

D'autres écrits savants sont également utiles: Howard, «Excessive Defence», [1964] Crim. L.R. 448, Morris et Howard, «A New Manslaughter» dans *Studies in Criminal Law* (1964); Smith, «Excessive Defence—A Rejection of Australian Initiative», [1972] Crim. L.R. 524; Sornarajah, «Excessive Self-Defence in Commonwealth Law», (1972) 21 Int. and Comp. L.Q. 758; James, «The Queensbury Rules of Self Defence», (1972) 21 Int. and Comp. L.Q. 357.

Le professeur Elliot («Excessive Self-Defence in Commonwealth Law», (1973) 22 Int. and Comp. L.Q. 727) se montre critique à l'égard de la doctrine. Son article commence par ce paragraphe percutant:

> [TRADUCTION] La tâche de préciser la portée légitime de l'usage de force excessive en légitime défense s'avère difficile. On peut prétendre que les décisions australiennes, malgré leur grande valeur heuristique, n'ont pas résolu cette difficulté. Ajoutons qu'en ce qui concerne le droit australien dans ce domaine, il se peut bien que le moment soit venu d'en sonner le glas. Le plaidoyer de l'usage de force excessive en légitime défense ne se fonde sur aucune loi ni aucun code australiens. Il n'est pas invraisemblable que l'arrêt *Palmer* du Conseil privé ait donné le coup de grâce à cette doctrine élaborée à partir d'éléments tirés de la *common law*.

Ayant examiné les limites fixées à la légitime défense dans les décisions australiennes, le professeur Elliot conclut (à la p. 736):

> [TRADUCTION] La doctrine de *common law* de l'usage de force excessive en légitime défense, telle qu'elle a évolué en Australie, comporte des défauts graves. Dans les cas où elle s'applique, elle n'ajoutera souvent pas beaucoup plus que des complications inutiles, aux questions de la légitime défense et de la provocation. Elle paraît en outre inapplicable dans une catégorie de cas où il existe un besoin réel d'un moyen de défense restreint.

It must not be forgotten that in Australia, as in the United States, criminal law is a matter of state competence and thus may vary from state to state. Added to this is the fact that some of the Australian states have adopted criminal codes whereas others have not, preferring to remain common law criminal jurisdictions. The so-called "qualified defence" of excessive force is a product of the common law states. Of the three states possessing criminal codes, Queensland, Tasmania and Western Australia all have rejected the concept. "It has been held in both Queensland and Tasmania that the doctrine is peculiar to the common law and therefore has no application under the codes of those states" (Howard, *Criminal Law* (1977), at p. 90). Subsequent to this statement by Professor Howard it was held in Western Australia that under the *Criminal Code* of that state if a defence under s. 248 or 249 of the *Code* would fail because the degree of force used in self-defence was excessive, the crime is not reduced from murder to manslaughter: *Aleksovski v. The Queen*, [1979] W.A.R. 1.

Il faut se rappeler qu'en Australie, comme aux Etats-Unis, le droit criminel relève de la compétence des Etats et peut donc varier d'un Etat à l'autre. De plus, certains Etats australiens ont adopté des codes criminels tandis que d'autres, préférant rester sous le régime de la *common law* en matière pénale, ne l'ont pas fait. Ce qu'on appelle le «moyen de défense restreint» d'usage de force excessive provient des Etats régis par la *common law*. Les trois Etats qui possèdent un code criminel, savoir le Queensland, la Tasmanie et l'Australie-Occidentale, ont tous rejeté ce concept. [TRADUCTION] «Aussi bien au Queensland qu'en Tasmanie on a statué qu'il s'agit là d'une doctrine qui est particulière à la *common law* et n'a par conséquent aucune application en vertu des codes de ces Etats» (Howard, *Criminal Law* (1977), à la p. 90). Par suite de cette déclaration du professeur Howard, on a décidé en Australie-Occidentale que le *Code criminel* de cet Etat ne permet pas, si un moyen de défense fondé sur les art. 248 ou 249 du *Code* échoue en raison de l'usage d'un degré de force excessif en légitime défense, que le crime soit réduit de meurtre à homicide involontaire coupable: *Aleksovski v. The Queen*, [1979] W.A.R. 1.

The rejection of the "qualified" defence of excessive self-defence by all those Australian states which have a criminal code is of interest to us in Canada, as are the reasons for the rejection. The obstacle to reading the principle into the Tasmanian Code was found in the detailed provisions which the Code made in relation to the same subject matter: *Masnec v. The Queen*, [1962] Tas. S.R. 254, at p. 262. "Sections 46 and 47 as to the use of force in self-defence are but two of a group of no less than twenty sections covering comprehensively the occasions on which the use of force is legally justified". Sections 25 to 45 of the Canadian *Criminal Code* equally cover comprehensively and authoritatively the occasions on which the use of force is legally justified. There would seem to be little room for competing or supplementary common law doctrine.

Le rejet par tous les États australiens dotés d'un code criminel du moyen de défense «restreint» d'usage de force excessive en légitime défense ainsi que les motifs de ce rejet revêtent un certain intérêt pour nous au Canada. Dans le cas de la Tasmanie, on a conclu que les dispositions détaillées du Code de cet État sur ce même sujet excluaient toute interprétation qui y incorporerait ce principe: *Masnec v. The Queen*, [1962] Tas. S.R. 254, à la p. 262. [TRADUCTION] «Les articles 46 et 47 qui portent sur l'usage de la force en légitime défense n'en sont que deux dans un groupe de pas moins de vingt articles qui énumèrent de façon exhaustive les situations où on peut légalement recourir à la force.» Les art. 25 à 45 du *Code criminel* canadien dressent une liste tout aussi exhaustive et tout aussi définitive des situations où on peut légalement recourir à la force. Cela paraît laisser peu de place à une doctrine rivale ou supplémentaire fondée sur la *common law*.

It has been said by one or more of the authors that the presence in our *Code* of s. 7(3) affords a means of supplementing our *Code* with a common law defence not open to the Australian states because the criminal codes of those states lacked the equivalent of s. 7(3). That is not correct. Section 7(3) of our *Code* reads:

> (3) Every rule and principle of the common law that renders any circumstance a justification or excuse for an act or a defence to a charge continues in force and applies in respect of proceedings for an offence under this Act or any other Act of the Parliament of Canada, except in so far as they are altered by or are inconsistent with this Act or any other Act of the Parliament of Canada.

Section 8 of the Tasmanian *Criminal Code Act* is a comparable section and the Tasmanian Court of Criminal Appeal responded to argument based thereon as follows (at p. 265):

> As to the same s. 8 of the Act, which formed the basis of the second argument, it is true that in terms it operates to save "all rules and principles of the Common law which render any circumstances a justification or excuse for any act or omission", but it only does so except insofar as they are altered by or are inconsistent with the Code. In view of the compelling words of s. 157(1)(*c*) in particular we are unable to give this general provision the effect contended for, in any case there is good reason historically for viewing it as having been inserted *ex abundante cautela* (see per *Crisp* J. in *Reg. v. Vallance*, [1960] Tas. S.R. 51, at p. 86) and not as intended to modify one of the most significantly comprehensive parts of the whole Code.

Section 157(1)(*c*) is the counterpart of s. 212(*a*) of our *Code*. In *R. v. Johnson*, [1964] Qd. R. 1 the Court of Criminal Appeal of Queensland refused to follow *R. v. Howe* for the reason given in the headnote:

> The common law doctrine expressed in *R. v. Howe* ([1958] 100 C.L.R. 448), that where a plea of self defence to murder fails only because the death was occasioned by the use of excessive force a verdict of manslaughter should be returned, is based on the common law concept that malice aforethought is an

Au moins un auteur a dit que la présence du par. 7(3) dans notre *Code* nous fournit une façon de le compléter par un moyen de défense tiré de la *common law*, ce que les États australiens ne peuvent pas faire parce que leurs codes criminels ne contiennent pas l'équivalent du par. 7(3). Cette prétention est erronée. Le paragraphe 7(3) de notre *Code* est ainsi rédigé:

> (3) Chaque règle et chaque principe de la *common law* qui font d'une circonstance une justification ou excuse d'un acte, ou un moyen de défense contre une inculpation, demeurent en vigueur et s'appliquent à l'égard des procédures pour une infraction visée par la présente loi ou toute autre loi du Parlement du Canada, sauf dans la mesure où ils sont modifiés par la présente loi ou une autre loi du Parlement du Canada ou sont incompatibles avec l'une d'elles.

L'article 8 du *Criminal Code Act* de la Tasmanie lui ressemble et la Cour d'appel de juridiction criminelle de cet État a répondu comme suit aux arguments qui se fondent sur cet article (à la p. 265):

> [TRADUCTION] Quant au même art. 8 de la Loi, sur lequel s'appuie le second argument, il est vrai qu'il maintient expressément «toutes les règles et tous les principes de la *common law* qui font d'une circonstance une justification ou une excuse quant à un acte ou à une omission», mais il les maintient uniquement dans la mesure où ils ne sont pas modifiés par le Code ou incompatibles avec le Code. Compte tenu des termes impératifs de l'al. 157(1)*c*) en particulier, il nous est impossible de donner à cette disposition générale l'effet demandé; en tout état de cause, des motifs historiques suffisants permettent de considérer qu'il a été inséré *ex abundante cautela* (voir les motifs du juge *Crisp* dans l'arrêt *Reg. v. Vallance*, [1960] Tas. S.R. 51, à la p. 86) et qu'il n'a pas été conçu pour modifier une des parties les plus complètes de l'ensemble du Code.

L'alinéa 157(1)*c*) est le pendant de l'al. 212*a*) de notre *Code*. Dans l'arrêt *R. v. Johnson*, [1964] Qd. R. 1, la Cour d'appel de juridiction criminelle du Queensland a refusé de suivre l'arrêt *R. v. Howe* pour les motifs énoncés dans le sommaire:

> [TRADUCTION] La doctrine de *common law* énoncée dans l'arrêt *R. v. Howe* ([1958] 100 C.L.R. 448), portant que lorsque, dans une affaire de meurtre, un plaidoyer de légitime défense est rejeté uniquement parce que le décès a été causé par l'utilisation d'une force excessive, un verdict d'homicide involontaire coupable

essential ingredient of murder. That concept is no part of the law of Queensland and the doctrine referred to is not expressly or impliedly incorporated into the *Code*.

The Supreme Court of Western Australia—Court of Criminal Appeal—in *Aleksovski v. The Queen*, *supra*, rejected *R. v. Howe* and *Viro v. The Queen*. A passage from the judgment of Burt C.J. will suffice to explain why.

> In my opinion and for the reasons given by the Court of Criminal Appeal in *R. v. Johnson* [1964] Qd. R. 1, those cases have no application to the Criminal Code. In my opinion, under the Code, and expressing myself now without regard to the onus of proof, if the act causing death was done with intent to kill or to cause grievous bodily harm, but in self defence within the meaning of the second part of s 248, the verdict is not guilty; if that defence fails and if nothing more appears, the verdict is wilful murder or murder as the case might be. There is no half-way house [at p. 5].

IV

England

When one comes to consider the interplay of the so-called qualified defence of excessive force and criminal codes one finds that the issue is by no means a new one. The authors (Lord Blackburn, Barry, Lush and Stephen JJ.) of the 1879 *Report of the Criminal Code Bill Commission* whose *Draft Code* formed the basis of the Canadian *Criminal Code* of 1892 considered the doctrine of excessive self-defence and rejected it out of hand (C. 2345 English Parliamentary Papers (1879) Vol. 36, p. 157). The earlier Report of the Commissioners who framed the *Indian Penal Code* had argued for the same half-way house which later found favour in some of the Australian courts. The Report of the Indian Code states (*Criminal Code Bill Commission—Report*, at p. 45):

> For the law itself has encouraged the slayer to inflict on the assailant any harm short of death which may be necessary for the purpose of repelling the outrage,—to give the assailant a cut with a knife across the fingers, which may render his right hand useless to him for life,

devrait être prononcé, se fonde sur le concept de *common law* que la malice intentionnelle est un élément essentiel du meurtre. Ce concept n'est pas inhérent au droit du Queensland et la doctrine mentionnée n'est pas incorporée au *Code* de façon expresse ou tacite.

Dans l'arrêt *Aleksovski v. The Queen*, précité, la Cour suprême de l'Australie-Occidentale, la Cour d'appel de juridiction criminelle, a rejeté les arrêts *R. v. Howe* et *Viro v. The Queen*. Un passage des motifs du juge en chef Burt suffit à expliquer pourquoi.

> [TRADUCTION] À mon avis, et pour les motifs qu'a donnés la Cour d'appel de juridiction criminelle dans l'arrêt *R. v. Johnson*, [1964] Qd. R. 1, ces arrêts ne s'appliquent pas au Code criminel. À mon avis, en vertu du Code, et je le dis maintenant sans égard au fardeau de la preuve, si l'acte qui a causé le décès a été commis avec l'intention de tuer ou de causer des lésions corporelles graves, mais en légitime défense au sens de la deuxième partie de l'art. 248, le verdict est non coupable; si cette défense ne réussit pas et qu'il n'y ait rien de plus, il faut rendre un verdict d'homicide volontaire ou de meurtre, selon le cas. Il n'y a pas de solution intermédiaire [à la p. 5].

IV

L'Angleterre

Quiconque vient à examiner l'interaction de ce qu'on appelle la défense restreinte de force excessive et des codes criminels constate que la question n'a rien de nouveau. Les auteurs (lord Blackburn et les juges Barry, Lush et Stephen) du *Report of the Criminal Code Bill Commission* de 1879 dont le *Draft Code* a été le fondement du *Code criminel* canadien de 1892 ont examiné la doctrine de la force excessive utilisée en légitime défense et l'ont rejetée sommairement (C. 2345 English Parliamentary Papers (1879) vol. 36, p. 157). Le rapport antérieur des commissaires qui ont rédigé l'*Indian Penal Code* avait plaidé en faveur de cette solution intermédiaire que certaines des cours australiennes ont par la suite acceptée. Le rapport sur le code de l'Inde énonce (*Criminal Code Bill Commission—Report*, à la p. 45):

> [TRADUCTION] En effet, le droit lui-même a encouragé le meurtrier à infliger à l'assaillant des coups non mortels qui peuvent être nécessaires afin de repousser l'attentat, couper l'assaillant aux doigts avec un couteau, ce qui peut le priver de sa main droite pour la vie, ou le

or to hurl him downstairs with such force as to break his leg. And it seems difficult to conceive that circumstances which would be a full justification of any violence short of homicide, should not be a mitigation of the guilt of homicide. That a man should be merely exercising a right by fracturing the skull and knocking out the eye of an assailant, and should be guilty of the highest crime in the code if he kills the same assailant,—that there should be only a single step between perfect impunity and liability to capital punishment seems unreasonable. In a case in which the law itself empowers an individual to inflict any harm short of death, it ought hardly, we think, to visit him with the highest punishment if he inflicts death.

précipiter dans un escalier avec assez de force pour lui rompre la jambe. Et il semble difficile de concevoir que des circonstances qui permettent de justifier entièrement des actes de violence autres que l'homicide ne permettraient pas d'atténuer la culpabilité d'homicide. Il semble déraisonnable qu'un homme exerce simplement un droit lorsqu'il fracture le crâne d'un assaillant et lui crève un oeil, et qu'il soit coupable du crime le plus odieux que prévoit le code s'il tue ce même assaillant, qu'il n'y ait qu'un pas à franchir entre la complète impunité et l'assujettissement à la peine de mort. Dans un cas où la loi elle-même donne à une personne le pouvoir d'infliger des coups qui ne causent pas la mort, nous ne croyons pas qu'il faille lui imposer la plus lourde peine s'il inflige la mort.

The authors of the 1879 Report flatly rejected this argument: "If we thought that the common law was such as is here supposed, we should without hesitation suggest that it should be altered. But we think that such is not and never was the law of England. The law discourages persons from taking the law into their own hands. Still the law does permit men to defend themselves ... And when violence is used for the purpose of repelling a wrong, the degree of violence must not be disproportioned to the wrong to be prevented, or it is not justified" (at p. 45). In the view of the Commissioners provocation and full self-defence, if I may use that term, exhausted the possibilities. The Report of the Commissioners was in accordance with the traditional English view of the defence of self-defence to a charge of murder. Either the defence succeeds, in which case the accused is acquitted or it fails, in which case he is convicted of murder. In *R. v. Hassin*, [1963] Crim. L.R. 852 the Court of Criminal Appeal described as a "novelty in present times" a submission that if an accused exceeded the bounds of self-defence, the proper verdict was manslaughter.

Les auteurs du rapport de 1879 ont rejeté carrément cet argument: [TRADUCTION] «Si nous croyions que la *common law* est ce qu'on dit ici qu'elle est, nous proposerions sans hésitation de la modifier. Mais nous croyons que cela n'est pas et n'a jamais été le droit anglais. La loi dissuade les personnes de se faire justice. Pourtant, la loi permet aux hommes de se défendre ... Et lorsque la violence est utilisée afin de repousser une attaque, le degré de violence ne doit pas être hors de proportion avec l'attaque à repousser, sinon la violence n'est pas justifiée» (à la p. 45). De l'avis des commissaires, la provocation et la légitime défense complète, si je puis employer cette expression, couvrent toutes les possibilités. Le rapport des commissaires était conforme à l'opinion anglaise traditionnelle sur le moyen de légitime défense opposé à une accusation de meurtre. Ou bien ce moyen réussit, et dans ce cas l'accusé est acquitté, ou bien il échoue, et dans ce cas l'accusé est déclaré coupable de meurtre. Dans l'arrêt *R. v. Hassin*, [1963] Crim. L.R. 852, la Cour d'appel de juridiction criminelle a décrit comme une [TRADUCTION] «nouveauté de l'époque actuelle» l'argument que si l'accusé a outrepassé les limites de la légitime défense, un verdict d'homicide involontaire coupable s'impose.

In 1971, in *Palmer v. The Queen*, [1971] 1 All E.R. 1077 the Privy Council gave careful consideration to the leading Australian authority, the decision of the High Court in *Howe*, but did not find it persuasive. Their Lordships held (at p. 1088):

En 1971, dans l'arrêt *Palmer v. The Queen*, [1971] 1 All E.R. 1077, le Conseil privé a examiné attentivement l'arrêt australien qui fait autorité, la décision de la Haute Cour dans l'affaire *Howe*, mais ne l'a pas trouvé convaincant. Leurs Seigneuries ont conclu (à la p. 1088):

If there has been attack so that defence is reasonably necessary it will be recognised that a person defending himself cannot weigh to a nicety the exact measure of his necessary defensive action. If a jury thought that in a moment of unexpected anguish a person attacked had only done what he honestly and instinctively thought was necessary that would be most potent evidence that only reasonable defensive action had been taken.

[TRADUCTION] S'il y a eu une attaque de sorte qu'il devient raisonnablement nécessaire de se défendre, on reconnaîtra qu'une personne qui se défend ne peut évaluer avec précision la mesure exacte de l'action défensive qu'elle doit prendre. Si un jury estime que dans un moment d'angoisse imprévue une personne attaquée a fait uniquement ce qu'elle estimait honnêtement et instinctivement nécessaire pour se défendre, ce serait la meilleure preuve qu'elle a employé uniquement une mesure défensive nécessaire.

Their Lordships went on to say:

A jury will be told that the defence of self-defence, where the evidence makes its raising possible, will only fail if the prosecution show beyond doubt that what the accused did was not by way of self-defence. But their Lordships consider in agreement with the approach in *De freitas v. R.* (1960), 2 W.I.R. 523 that if the prosecution have shown that what was done was not done in self-defence then that issue is eliminated from the case. If the jury consider that an accused acted in self-defence or if the jury are in doubt as to this then they will acquit. The defence of self-defence either succeeds so as to result in an acquittal or it is disproved in which case as a defence it is rejected. In a homicide case the circumstances may be such that it will become an issue whether there was provocation so that the verdict might be one of manslaughter. Any other possible issues will remain. If in any case the view is possible that the intent necessary to constitute the crime of murder was lacking then that matter would be left to the jury.

Leurs Seigneuries ont ajouté:

[TRADUCTION] On dira au jury que le moyen de légitime défense, lorsque la preuve permet de le soulever, échouera uniquement si la poursuite établit hors de tout doute que l'accusé n'était pas en état de légitime défense. Mais leurs Seigneuries estiment, d'accord avec les principes adoptés dans l'arrêt *De Freitas v. R.* (1960), 2 W.I.R. 523, que si la poursuite a établi que l'accusé n'a pas agi en légitime défense, alors cette question est eliminée. Si le jury estime que l'accusé a agi en légitime défense ou si le jury a un doute à ce sujet, alors il doit prononcer l'acquittement. Soit que le moyen de légitime défense réussisse et donne lieu à l'acquittement, ou qu'ils soit réfuté et dans ce cas ce moyen est rejeté. Dans un cas d'homicide, les circonstances peuvent soulever la question de savoir s'il y a eu provocation de sorte qu'il peut y avoir un verdict d'homicide involontaire coupable. On retiendra toutes les autres questions possibles. Si en tout état de cause il est possible d'estimer qu'il y a absence de l'intention nécessaire au crime de meurtre, alors cette question est laissée à l'appréciation du jury.

This was followed in *R. v. McInnes*, [1971] 3 All E.R. 295. The Court of Appeal, Criminal Division held that where self-defence fails on the ground that the force used went clearly beyond that which was reasonable in the light of the circumstances as they reasonably appeared to the accused, it is not the law that the inevitable result must be that he can be convicted of manslaughter only, and not of murder. The Court held that if self-defence failed for the reason stated, it affords the accused no protection at all. The Court continued (at p. 301):

Cet arrêt a été suivi dans l'arrêt *R. v. McInnes*, [1971] 3 All E.R. 295. La Cour d'appel, Division criminelle, a conclu que lorsque le moyen de légitime défense échoue pour le motif que la force employée dépasse clairement ce qui était raisonnable compte tenu de la façon dont l'accusé a raisonnablement pu appréhender les circonstances, la loi ne dit pas que le seul résultat possible est qu'il peut être déclaré coupable d'homicide involontaire coupable, et non de meurtre. La Cour a conclu que si le moyen de légitime défense échoue pour ce motif, il n'offre à l'accusé aucune protection. La Cour poursuit en disant (à la p. 301):

But it is important to stress that the facts on which the plea of self-defence is unsuccessfully sought to be based may nevertheless serve the accused in good stead. They may, for example, go to show that he may have acted under provocation or that, although acting unlawfully,

[TRADUCTION] Mais il importe de souligner que les faits sur lesquels on cherche sans succès à fonder le plaidoyer de légitime défense peuvent néanmoins être fort utiles à l'accusé. Par exemple, ils peuvent révéler qu'il peut avoir réagi à la provocation ou que, même si il

he may have lacked the intent to kill or cause serious bodily harm, and in that way render the proper verdict one of manslaughter.

In *Reference under s. 48A of the Criminal Appeal (Northern Ireland) Act 1968 (No. 1 of 1975), supra,* the House of Lords was invited to apply the Australian doctrine of excessive use of force in self-defence, to the "defence of use of reasonable force in the prevention of crime". Lord Diplock declined the invitation, stating that the issue of self-defence was "quite different" from that of reasonable force in the prevention of crime. The latter defence, he noted, is based on statute and not on the common law. *The Criminal Law (Northern Ireland) Act 1968 (No. 1 of 1975)* specifically provided for the use of force in the prevention of crime or in effecting the lawful arrest of suspected offenders (s. 3). It also provided that s. 3 replaces the common rules dealing with the same matters. Viscount Dilhorne in the course of his judgment said (at p. 956):

> ... I can find no escape from the conclusion that if a crime was committed, it was murder if the shot was fired with intent to kill or seriously wound. To hold that it could be manslaughter would be to make entirely new law. If a plea of self-defence is put forward in answer to a charge of murder and fails because excessive force was used though some force was justifiable, as the law now stands the accused cannot be convicted of manslaughter. It may be that a strong case can be made for an alteration of the law to enable a verdict of manslaughter to be returned where the use of some force was justifiable but that is a matter for legislation and not for judicial decision.

With respect, I agree.

There is no special rule to the effect that death caused by the use of excessive force in self-defence can only be manslaughter. However, as stated in Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice* (39th ed.) at p. 1035, the facts on which the

a agi illégalement, il peut ne pas avoir eu l'intention de tuer ou de causer des blessures graves, et ainsi le verdict approprié pourrait être celui d'homicide involontaire coupable.

Dans l'affaire *Reference under s. 48A of the Criminal Appeal (Northern Ireland) Act 1968 (No. 1 of 1975)*, précitée, on a demandé à la Chambre des lords d'appliquer la doctrine australienne de l'utilisation excessive de la force dans la légitime défense, au [TRADUCTION] «moyen de défense fondé sur l'utilisation de la force raisonnable dans la protection contre le crime». Lord Diplock a refusé de le faire en disant que la question de la légitime défense est [TRADUCTION] «bien différente» de celle de la force raisonnable dans la protection contre le crime. Il a fait remarquer que ce dernier moyen de défense découle de la loi et non de la *common law. The Criminal Law (Northern Ireland) Act 1968 (No. 1 of 1975)* prévoyait de façon spécifique l'utilisation de la force dans la protection contre le crime ou à l'occasion de l'arrestation légitime des personnes soupçonnées de délinquance (art. 3). Elle prévoyait en outre que l'art. 3 remplace les règles ordinaires applicables à ces questions. Dans les motifs de son jugement, le vicomte Dilhorne a dit (à la p. 956):

> [TRADUCTION] ... il m'est impossible de ne pas conclure que si un crime a été commis, il s'agit d'un meurtre si le coup a été tiré avec l'intention de tuer ou de blesser gravement. On créerait un droit entièrement nouveau si on décidait que ce peut être un homicide involontaire coupable. Si on soulève la légitime défense à l'encontre d'une accusation de meurtre et que ce moyen échoue parce qu'on a fait usage d'une force excessive même si l'utilisation d'une certaine force était justifiable, l'accusé ne peut, dans l'état actuel du droit, être déclaré coupable d'homicide involontaire coupable. On peut faire valoir la nécessité de modifier la loi pour permettre de prononcer un verdict d'homicide involontaire coupable lorsque l'utilisation d'une certaine force est justifiable, mais cette question relève du législateur et non des tribunaux.

Avec égards, je souscris à ces motifs.

Il n'existe pas de règle particulière portant que la mort causée par l'utilisation de force excessive en légitime défense peut être uniquement un homicide involontaire coupable. Cependant, comme on le dit dans Archbold, *Criminal Pleading, Evidence*

defence of self-defence was unsuccessfully sought to be based may in some cases go to show that the defendant acted under provocation or that, although acting unlawfully, he lacked the intent to kill or to cause grievous bodily harm; and in such cases a verdict of manslaughter would be proper. That I take to be the position at common law and, in broad terms, the position, as I understand it, under our *Criminal Code*.

As Barwick C. J. pointed out in dissent in *Viro v. The Queen, supra*, the justices in *R. v. Howe* ignored the fundamental considerations applicable to murder and manslaughter in developing their "new rule"; the distinction between murder and manslaughter is based upon intent. The presence or absence of intent must be determined by the jury and that finding of fact is determinative of all that follows.

V

The *Criminal Code*

A consideration of the elements of murder, self-defence, and the consequences of that "defence" must begin with s. 212(*a*) and s. 34 of the *Criminal Code*. Culpable homicide is murder when the person who causes the death means to cause the death or means to cause bodily harm that he knows is likely to cause death and is reckless whether death ensues or not. An accused who is charged with murder or manslaughter may invoke the defence or self-defence and s. 34 of the *Code* which reads:

**34.** (1) Every one who is unlawfully assaulted without having provoked the assault is justified in repelling force by force if the force he uses is not intended to cause death or grievous bodily harm and is no more than is necessary to enable him to defend himself.

(2) Every one who is unlawfully assaulted and who causes death or grievous bodily harm in repelling the assault is justified if

*a*) he causes it under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence with

*and Practice* (39e éd.) à la p. 1035, les faits sur lesquels on a tenté sans succès de fonder le moyen de légitime défense peuvent dans certains cas révéler que le défendeur a agi sous le coup de la provocation ou que, même s'il a agi illégalement, il n'avait pas l'intention de tuer ou de causer des lésions corporelles graves; et dans ces cas, il conviendrait de rendre un verdict d'homicide involontaire coupable. J'estime que c'est là ce qu'énonce la *common law* et, de façon générale, à mon avis, notre *Code criminel*.

Comme l'a souligné le juge en chef Barwick, dissident, dans l'arrêt *Viro v. The Queen*, précité, les juges dans l'affaire *R. v. Howe*, lorsqu'ils ont exposé leur «règle nouvelle», ont ignoré les considérations fondamentales qui s'appliquent au meurtre et à l'homicide involontaire coupable; la distinction entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable repose sur l'intention. C'est au jury qu'il appartient de constater la présence ou l'absence d'intention, et c'est cette conclusion de fait que découle tout ce qui suit.

V

Le *Code criminel*

L'examen des éléments du meurtre, de la légitime défense et des conséquences de ce «moyen de défense» doit commencer par celui de l'al. 212*a*) et de l'art. 34 du *Code criminel*. L'homicide coupable est un meurtre lorsque la personne qui cause la mort a l'intention de causer la mort ou a l'intention de causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer la mort et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non. Une personne accusée de meurtre ou d'homicide involontaire coupable peut soulever le moyen de légitime défense de l'art. 34 du Code qui se lit:

**34.** (1) Toute personne illégalement attaquée sans provocation de sa part est fondée à repousser la violence par la violence, si, en faisant usage de violence, elle n'a pas l'intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves et si la violence n'est pas poussée au-delà de ce qui est nécessaire pour lui permettre de se défendre.

(2) Quiconque est illégalement attaqué et cause la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant l'attaque, est justifié

*a*) s'il la cause parce qu'il a des motifs raisonnables pour appréhender que la mort ou quelque lésion cor-

which the assault was originally made or with which the assailant pursues his purposes, and

(*b*) he believes, on reasonable and probable grounds, that he cannot otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm.

Section 34(1) may only be invoked if there is no intention to cause death or grievous harm and no more force than is necessary is used. Section 34(2) is invoked where death or grievous harm has resulted but (i) the accused reasonably apprehended his own death or grievous harm and (ii) he believed on reasonable grounds that he had no other means of avoiding his own death or grievous harm. Section 34(1) affords justification in circumstances where the force used was not intended to cause death or grievous harm and is not excessive. Section 34(2) affords justification where there was an intention to cause death but under circumstances where objectively it was reasonable that the person accused believed he was going to be killed and subjectively he did so believe. Section 34(2) obviously provides for acquittal, despite the fact that the accused means to cause death or bodily harm that he knows is likely to cause death.

On the construction of s. 34 it is difficult to see how the amount of force used will determine that a murder should be reduced to manslaughter. In such a case one must of necessity be dealing with s. 34(2), *i.e.* there exists an intention to cause death. Otherwise we fall under s. 34(1) where there is no intention to cause death and thus no question of reducing murder to manslaughter. In s. 34(2) we are concerned primarily with the person who has caused death and intended to cause death. All of these elements of murder are present.

On a reasonable statutory interpretation of s. 34 it is apparent that a qualified defence of excessive force does not exist.

To summarize, I would reject the notion that excessive force in self-defence, unless related to

porelle grave ne résulte de la violence avec laquelle l'attaque a en premier lieu été faite, ou avec laquelle l'assaillant poursuit son dessein, et

*b*) s'il croit, pour des motifs raisonnables et probables, qu'il ne peut pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

On ne peut invoquer le par. 34(1) que s'il n'y a pas d'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves et si la violence n'est pas poussée au-delà de ce qui est nécessaire. Le paragraphe 34(2) est invoqué lorsque l'accusé a causé la mort ou des lésions corporelles graves mais (i) qu'il avait des motifs raisonnables pour appréhender sa propre mort ou des lésions corporelles graves et (ii) qu'il croyait, pour des motifs raisonnables, qu'il ne pouvait autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves. Le paragraphe 34(1) offre une justification dans des circonstances où la violence utilisée ne vise pas à causer la mort ou des lésions corporelles graves et qu'elle n'est pas excessive. Le paragraphe 34(2) offre une justification lorsqu'il y a l'intention de causer la mort mais dans des circonstances où, objectivement, l'accusé a des motifs raisonnables de croire qu'il va être tué et où, subjectivement, il le croit. Il est évident que le par. 34(2) prévoit l'acquittement, en dépit du fait que l'accusé a l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles qu'il sait être de nature à causer la mort.

Suivant les termes de l'art. 34, il est difficile de voir comment le degré de violence dont il est fait usage peut déterminer qu'un meurtre sera réduit à un homicide involontaire coupable. Dans un tel cas, il doit nécessairement s'agir du par. 34(2), c.-à-d. qu'il y a intention de causer la mort. Autrement, il s'agit du par. 34(1) où il n'y a pas d'intention de causer la mort et où il n'est pas question de réduire un meurtre à un homicide involontaire coupable. Au paragraphe 34(2), il s'agit d'abord de la personne qui a causé la mort et qui a eu l'intention de causer la mort. On retrouve tous les éléments du meurtre.

Si on interprète l'art. 34 comme il convient de le faire, on constate qu'une défense restreinte d'usage de force excessive n'existe pas.

En résumé, je suis d'avis de rejeter la notion que l'usage de la force excessive en légitime défense, à

intent under s. 212 of the *Code* or to provocation, reduces what would otherwise be murder to manslaughter.

I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Michel F. Denis, Montreal.*

*Solicitor for the respondent: Gabriel Lassonde, Montreal.*

moins qu'elle ne se rapporte à l'intention au sens de l'art. 212 du *Code* ou à la provocation, réduit ce qui serait par ailleurs un meurtre à un homicide involontaire coupable.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelant: Michel F. Denis, Montréal.*

*Procureur de l'intimée: Gabriel Lassonde, Montréal.*

**Newfoundland and Labrador Corporation Limited** (*Intervener opposing the legislation in the Court of Appeal*)

and

**Javelin International Limited** (*Intervener opposing the legislation in the Court of Appeal*) *Appellants*;

and

**The Attorney General of Newfoundland** (*Supporting the legislation in the Court of Appeal*) *Respondent*;

and

**The Attorney General for Alberta, the Attorney General of Nova Scotia and the Attorney General for New Brunswick** *Interveners.*

File No.: 16275.

1981: October 31; 1982: August 9.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

*Constitutional law — Taxation — Direct or indirect taxation — Taxes on income from mining and from mining rights — Whether or not taxes levied intra vires the province — Constitutional Act, 1867, ss. 91(2), 92(2) — The Mining and Mineral Rights Tax Act, 1975, 1975 (Nfld.), c. 68, ss. 2, 5, 7, 9, 10, 12 — The Undeveloped Mineral Areas Act, R.S.N. 1970, c. 383, s. 8.*

The Newfoundland *Mining and Mineral Rights Tax Act, 1975*, provided for two separate and distinct kinds of taxation. One, the "Mining Tax", was stated to be a percentage of the taxable income derived by the operator or the contractor from mining operations within the province. The other, the "Mineral Rights Tax", was levied (a) against every operator and every contractor in accordance with a specific formula, and (b) against every person who received any money by way of rental, royalty or other payment for the grant to another of the right to engage in mining operations in accordance with another specified formula. The issues before this Court were whether or not the Act was *ultra vires* the New-

**Newfoundland and Labrador Corporation Limited** (*Intervenante s'opposant à la loi en Cour d'appel*)

et

**Javelin International Limited** (*Intervenante s'opposant à la loi en Cour d'appel*) *Appelantes*;

et

**Le procureur général de Terre-Neuve** (*Appuyant la loi en Cour d'appel*) *Intimé*;

et

**Le procureur général de l'Alberta, le procureur général de la Nouvelle-Écosse et le procureur général du Nouveau-Brunswick** *Intervenants.*

N° du greffe: 16275.

1981: 31 octobre; 1982: 9 août.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

*Droit constitutionnel — Droit fiscal — Taxe directe ou indirecte — Taxes sur le revenu provenant de droits miniers et de l'exploitation de mines — Ces taxes sont-elles intra vires de la province? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2), 92(2) — The Mining and Mineral Rights Tax Act, 1975, 1975 (T.-N.), chap. 68, art. 2, 5, 7, 9, 10, 12 — The Undeveloped Mineral Areas Act, R.S.N. 1970, chap. 383, art. 8.*

*The Mining and Mineral Rights Tax Act, 1975* de Terre-Neuve prévoit deux sortes de taxes bien distinctes. L'une, la «taxe minière», est un pourcentage du revenu imposable que l'exploitant ou l'entrepreneur tirent d'opérations minières dans la province. L'autre, la «taxe sur les droits miniers», est imposée a) à tous les exploitants et à tous les entrepreneurs suivant une formule déterminée, et b) à quiconque reçoit de l'argent sous forme de loyers, de redevances ou d'autres paiements en échange de la cession à une autre personne du droit de se livrer à des opérations minières, suivant une autre formule déterminée. La Cour est saisie des questions de savoir si la Loi est en totalité ou en partie *ultra vires* de

foundland Legislature, in whole or in part, and if *intra vires*, whether or not it applied to the appellants herein.

*Held*: The appeal should be dismissed.

The annual tax imposed by s. 5 on taxable income derived from mining operations within the province was an income tax, and constituted direct taxation. That the tax was levied on a particular component of the taxpayer's income did not alter that characterisation. The section 9 tax was a direct tax and formed part of a general taxation scheme. The taxation of government payments for the development of undeveloped land, pursuant to s. 10(1)(b), too, was a direct tax incapable of being passed on to anyone else. Section 10(1)(a) provided for a direct tax on royalties or receipts from the granting of a right to engage in mining operations despite the discretionary nature and restricted scope of the deductions allowed under it. This tax applied to appellants notwithstanding the fact that the royalties accrued in consequence of some event outside Newfoundland and despite the place of payment. Section 12(a) of *The Mining and Mineral Rights Tax Act* provided that the s. 10(1)(a) tax applied notwithstanding previous agreements or statutes. That a taxpayer would seek to pass this tax on to someone else did not make it an indirect tax. The section 10(1)(a) tax did not trespass upon the federal power over trade and commerce.

*Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1978] 2 S.C.R. 545, followed; *R. v. Caledonian Collieries, Ltd.*, [1928] A.C. 358, distinguished; *Forbes v. Attorney-General of Manitoba*, [1937] A.C. 260; *Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Company*, [1950] A.C. 87; *Minister of Finance of New Brunswick v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 144; *Alworth v. Minister of Finance*, [1978] 1 S.C.R. 447; *Carnation Co. Ltd. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] S.C.R. 238, referred to.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal reference (1980), 115 D.L.R. (3d) 482, 28 Nfld. & P.E.I.R. 361, 79 A.P.R. 361, holding *The Mining and Mineral Rights Tax Act intra vires* the province. Appeal dismissed.

*Stephen Scott* and *Charles Flam*, for the appellants.

la législature de Terre-Neuve et, à supposer qu'elle soit *intra vires*, si elle s'applique aux appelantes en l'espèce.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

La taxe annuelle imposée par l'art. 5 sur le revenu imposable tiré d'opérations minières dans la province est un impôt sur le revenu et, partant, une taxe directe. Le fait que la taxe frappe une partie précise du revenu du contribuable n'y change rien. La taxe imposée par l'art. 9 est une taxe directe qui s'inscrit dans le cadre d'un plan général en matière fiscale. De même, la taxe que l'al. 10(1)b) impose sur les paiements faits par le gouvernement en vue de l'aménagement de terres inexploitées constitue une taxe directe qui ne peut être reportée sur quelqu'un d'autre. La taxe sur les redevances ou les recettes provenant de la cession d'un droit de se livrer à des opérations minières que prévoit l'al. 10(1)a) est une taxe directe malgré la nature discrétionnaire et la portée restreinte des déductions autorisées. La taxe s'applique aux appelantes même si les redevances sont payables par suite d'un événement qui a lieu à l'extérieur de Terre-Neuve, et ce, indépendamment du lieu de paiement. Suivant l'al. 12a) de *The Mining and Mineral Rights Tax Act*, la taxe imposée par l'al. 10(1)a) s'applique nonobstant toute entente ou toute loi antérieures. Le fait qu'un contribuable chercherait à reporter cette taxe sur quelqu'un d'autre ne suffit pas pour en faire une taxe indirecte. Il ne s'agit pas d'une taxe qui empiète sur les pouvoirs fédéraux en matière d'échanges et de commerce.

Jurisprudence: arrêt suivi: *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1978] 2 R.C.S. 545; distinction faite avec l'arrêt: *R. v. Caledonian Collieries, Ltd.*, [1928] A.C. 358; arrêts mentionnés: *Forbes v. Attorney-General of Manitoba*, [1937] A.C. 260; *Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Company*, [1950] A.C. 87; *Ministre des Finances du Nouveau-Brunswick c. Simpsons-Sears Ltée*, [1982] 1 R.C.S. 144; *Alworth c. Ministre des Finances*, [1978] 1 R.C.S. 447; *Carnation Co. Ltd. c. Régie des marchés agricoles du Québec*, [1968] R.C.S. 238.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1980), 115 D.L.R. (3d) 482, 28 Nfld. & P.E.I.R. 361, 79 A.P.R. 361, qui, statuant dans le cadre d'un renvoi, a jugé *The Mining and Mineral Rights Tax Act intra vires* de la province. Pourvoi rejeté.

*Stephen Scott* et *Charles Flam*, pour les appelantes.

*James J. Greene, Q.C.*, and *Joseph S. Hutchings*, for the respondent.

*James G. Spurr*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

*Alan D. Reid* and *Richard Speight*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

*Brian C. Crane, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—The issue in this appeal is as to the constitutional validity of *The Mining and Mineral Rights Tax Act, 1975*, 1975 (Nfld.), c. 68, enacted by the Legislature of Newfoundland, hereinafter referred to as "the Act". This issue was referred to the Court of Appeal of the Supreme Court of Newfoundland by an Order in Council dated April 22, 1980, pursuant to s. 6 of *The Judicature Act*, R.S.N. 1970, c. 187, as amended. The question was argued before the Court of Appeal. The appellants Newfoundland and Labrador Corporation Limited ("Nalco") and Javelin International Limited ("Javelin") formerly Canadian Javelin Limited as interveners were represented by counsel before the Court of Appeal. Nalco is a corporation incorporated by statute in Newfoundland. Javelin was incorporated under the laws of Canada and registered to do business in Newfoundland. Its head office, at the time the leases hereinafter mentioned were made, was in St. John's, Newfoundland. At the time the present proceedings were commenced, its head office was in Montreal, Quebec.

The Court of Appeal decided, unanimously, that the legislation in issue was, in whole, *intra vires* of the Legislature of Newfoundland to enact. The appellants appealed to this Court. The Chief Justice stated the constitutional question as follows:

Is *The Mining and Mineral Rights Tax Act, 1975*, the Act No. 68 of 1975, *ultra vires* the Legislature of Newfoundland either in whole or in part, and, if so, in what particular or particulars and to what extent? Does the Act, if it is *intra vires*, apply to the Appellants in the present case?

*James J. Greene, c.r.*, et *Joseph S. Hutchings*, pour l'intimé.

*James G. Spurr*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

*Alan D. Reid* et *Richard Speight*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Brian C. Crane*, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MARTLAND—Cet appel soulève la question de la constitutionnalité de *The Mining and Mineral Rights Tax Act, 1975*, 1975 (Nfld.), chap. 68, adoptée par la législature de Terre-Neuve et appelée ci-après «la Loi». Par un décret daté du 22 avril 1980, cette question a été renvoyée à la Cour d'appel de la Cour suprême de Terre-Neuve conformément à l'art. 6 de *The Judicature Act*, R.S.N. 1970, chap. 187, modifiée. On a débattu la question devant la Cour d'appel. Les appelantes, Newfoundland and Labrador Corporation Limited («Nalco») et Javelin International Limited («Javelin»), anciennement Canadian Javelin Limited, en leur qualité d'intervenantes, étaient représentées par des avocats devant la Cour d'appel. Nalco est une société constituée sous le régime des lois de Terre-Neuve. Javelin, constituée en vertu des lois du Canada, est enregistrée pour faire affaires à Terre-Neuve. Au moment de la signature des baux mentionnés ci-après, son siège social se trouvait à St-Jean (Terre-Neuve). Mais à l'époque où les présentes procédures ont été intentées, il se trouvait à Montréal (Québec).

La Cour d'appel a décidé à l'unanimité que l'ensemble de la Loi en cause est *intra vires* de la législature de Terre-Neuve. Les appelantes se sont pourvues devant cette Cour. Le Juge en chef a ainsi formulé la question constitutionnelle:

La *Mining and Mineral Rights Tax Act, 1975*, la Loi nº 68 de 1975, est-elle en totalité ou en partie *ultra vires* de la législature de Terre-Neuve et, dans l'affirmative, à quel égard et dans quelle mesure? Si la Loi est *intra vires*, s'applique-t-elle aux appelantes en l'espèce?

The Attorneys General of Quebec, New Brunswick, Nova Scotia, Alberta and Saskatchewan intervened but the Attorneys General of Quebec and Saskatchewan later withdrew their interventions. The others all supported the validity of the legislation. The Attorney General of Canada did not intervene.

The Act makes general provision for two separate and distinct kinds of taxation. One tax, which is dealt with in Part II under the heading "Mining Tax", is stated to be a percentage of the taxable income derived by the operator or the contractor from mining operations within the province, determined in accordance with a formula set out in the Act. The other tax, which is dealt with in Part III under the heading "Mineral Rights Tax", is levied (a) against every operator and every contractor in accordance with a specified formula, and (b) against every person who receives any money by way of rental, royalty or other payment for the grant to the operator, contractor or other person of the right to engage in mining operations in accordance with another specified formula.

The following provisions of the Act are relevant to the issues in this appeal:

**2.** In this Act

. . .

(c) "contractor" means any person who contracts with another person having a right to carry out mining operations to deliver minerals to that other person for a valuable consideration from lands on or in which such rights exist;

. . .

(e) "gross income" means the total income derived by an operator or a contractor from the sale of minerals consequent upon mining operations in a fiscal year and, if such minerals are processed prior to the sale, includes the income from processing;

. . .

(g) "mining operations" means the extraction or production within the province of minerals up to and including primary crushing, and includes the

Les procureurs généraux du Québec, du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Écosse, de l'Alberta et de la Saskatchewan sont intervenus, mais les procureurs généraux du Québec et de la Saskatchewan ont par la suite retiré leurs interventions. Quant aux autres, ils ont tous appuyé la validité de la Loi. Le procureur général du Canada n'est pas intervenu.

La Loi prévoit de façon générale deux sortes de taxes bien distinctes. Une de ces taxes, qui est visée à la Partie II de la Loi sous la rubrique [TRADUCTION] «Taxe minière», est un pourcentage du revenu imposable que l'exploitant ou l'entrepreneur tirent d'opérations minières dans la province et qui est établi suivant une formule énoncée dans la Loi. L'autre taxe, qui est visée à la Partie III sous la rubrique [TRADUCTION] «Taxe sur les droits miniers», est imposée a) à tous les exploitants et à tous les entrepreneurs suivant une formule déterminée et b) à quiconque reçoit de l'argent sous forme de loyers, de redevances ou d'autres paiements en échange de la cession à l'exploitant, à l'entrepreneur ou à une autre personne du droit de se livrer à des opérations minières, suivant une autre formule déterminée.

Les dispositions suivantes de la Loi sont pertinentes relativement aux questions soulevées en l'espèce:

[TRADUCTION] **2.** Dans la présente loi

. . .

c) «entrepreneur» désigne toute personne qui s'engage par contrat envers une autre personne qui détient le droit de se livrer à des opérations minières, à livrer à celle-ci, moyennant contrepartie valable, les minéraux extraits des terres sur lesquelles porte ce droit;

. . .

e) «revenu brut» désigne le revenu total tiré par un exploitant ou par un entrepreneur de la vente de minéraux par suite d'opérations minières effectuées au cours d'une année financière et, si les minéraux en question subissent un traitement avant la vente, comprend le revenu tiré du traitement;

. . .

g) «opérations minières» désigne l'extraction ou la production, jusques et y compris le concassage primaire, de minéraux dans la province, et com-

transportation, handling, storing, distribution and sale of such minerals, but does not include processing;

. . .

(i) "net income" means the gross income less those amounts permitted to be deducted from the gross income by Section 6;

(j) "operator" means a person who

(i) has the right to extract minerals, and

(ii) carries out mining operations on or under lands within the province;

. . .

(m) "processing" means processing minerals within the province, and includes concentrating, milling, pelletizing, smelting, refining and fabricating of minerals;

. . .

(p) "taxable income" means the net income less those payments permitted to be deducted from the net income by Section 7; . . .

. . .

**PART II**

**Mining Tax**

**5.**—(1) Subject to subsection (2), and Section 8, every operator and every contractor is liable for and shall pay to the Minister in the manner and at the time or times set out in this Act an annual tax of fifteen per centum (15%) of the taxable income derived by the operator or the contractor from mining operations within every mine within the province during each fiscal year.

(2) The Lieutenant-Governor in Council may by order declare with respect to any taxpayer that the tax payable by the operator or contractor under subsection (1) shall be based on the taxable income derived by the operator or contractor from mining operations within individual mines or groups of mines as may be prescribed in the order.

(3) For the purposes of subsection (2), "mine" means a work or undertaking in which mining operations are conducted, and includes a quarry.

**6.**—(1) Subject to subsection (2) of this section, the net income of a taxpayer shall be ascertained by deducting from the gross income of the taxpayer

(a) all expenses and outlays reasonably incurred in mining operations and in processing minerals

prend le transport, la manutention, l'entreposage, la distribution et la vente de ces minéraux, mais non leur traitement;

. . .

i) «revenu net» désigne le revenu brut moins les montants que l'article 6 permet d'en déduire;

j) «exploitant» désigne une personne qui

(*i*) détient le droit d'extraire des minéraux, et

(ii) se livre à des opérations minières à la surface ou sous la surface du sol dans la province;

. . .

m) «traitement» désigne le traitement de minéraux dans la province et comprend la concentration, le broyage, la pelletisation, la fusion, le raffinage et la fabrication de minéraux;

. . .

p) «revenu imposable» désigne le revenu net moins les paiements que l'article 7 permet d'en déduire; . . .

. . .

**PARTIE II**

**Taxe minière**

**5.**—(1) Sous réserve du paragraphe (2) et de l'article 8, tous les exploitants et tous les entrepreneurs sont assujettis à une taxe annuelle de quinze pour cent (15 %) du revenu imposable qu'ils tirent, au cours de chaque année financière, d'opérations minières dans toutes les mines situées dans la province et ils sont tenus de payer cette taxe au Ministre de la manière et aux époques précisées dans la présente loi.

(2) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut déclarer par décret, à l'égard de tout contribuable, que la taxe payable par l'exploitant ou par l'entrepreneur aux termes du paragraphe (1) sera fonction du revenu imposable tiré par l'exploitant ou par l'entrepreneur d'opérations minières effectuées dans des mines particulières ou dans des groupes de mines, suivant ce que peut prescrire le décret.

(3) Aux fins du paragraphe (2), le mot «mine» désigne un ouvrage ou une entreprise comportant des opérations minières, et comprend une carrière.

**6.**—(1) Sous réserve du paragraphe (2) du présent article, le revenu net d'un contribuable sera déterminé par la déduction appliquée sur son revenu brut

a) de toutes les dépenses et de tous les débours que peuvent raisonnablement entraîner les opérations

extracted from land pursuant to those mining operations;

(b) such amount as may be prescribed for depreciation of the cost, exclusive of interest charges of any kinds of vehicles, machinery, plant, equipment, buildings and other assets of a capital nature used in mining operations, and processing minerals extracted from land pursuant to those mining operations, and for the purposes of this paragraph the regulations may prescribe different rates and methods of depreciation for different kinds of capital assets, but where the vehicles, machinery, plant, equipment and buildings or any part thereof have been disposed of in a fiscal year, the proceeds from the disposal shall be applied to reduce the cost or value of any additions thereto in that year, and where those proceeds exceed the cost of the additions the excess shall be applied to reduce the balance remaining to be depreciated of those assets required in previous fiscal years, and where no such balance remains to be depreciated the excess shall be applied to reduce deductions otherwise allowable under this subsection;

(c) such amount, if any, exclusive of interest charges of any kind, as the Minister in his absolute discretion allows for exploration and preproduction development expenditures exclusively and necessarily incurred for the proper conduct of those mining operations from which the gross income is generated, but the aggregate of the deductions made under this paragraph shall not exceed the total expenditures;

(d) all moneys paid to Her Majesty during the fiscal year by way of

(i) taxation imposed specifically upon the area or acreage of the land in which mining operations are being conducted within the province, whether or not the Act imposing the taxation is passed before or after the coming into operation of this Act, and

(ii) rentals, royalties, charges and other payments for the right to engage in the mining operations which generates all or part of the gross income, but not any payment by way of taxation, except as permitted by subparagraph (i) of this paragraph (d);

minières et le traitement de minéraux extraits du sol par suite de ces opérations;

b) du montant qui peut être prescrit au titre de l'amortissement du coût, sans compter les intérêts, de toute sorte de véhicules, de machineries, de matériel, d'équipement, d'immeubles et d'autres immobilisations employés dans des opérations minières et dans le traitement de minéraux extraits du sol par suite de ces opérations, et aux fins du présent alinéa le règlement d'application peut prescrire différents taux et différentes méthodes d'amortissement pour les diverses sortes d'immobilisations, mais lorsqu'il y a aliénation de la totalité ou de partie des véhicules, de la machinerie, du matériel, de l'équipement et des immeubles au cours d'une année financière, le produit de l'aliénation doit être appliqué à la réduction du coût ou de la valeur de toute addition à l'actif immobilisé au cours de l'année en question, et lorsque ce produit dépasse le coût des additions, l'excédent doit servir à réduire le solde à amortir relativement à l'actif requis au cours des années financières précédentes, et lorsqu'il ne reste pas de solde à amortir, l'excédent doit servir à réduire les déductions que permettrait, sans cela, le présent paragraphe;

c) du montant, s'il en est, sans compter les intérêts quels qu'ils soient, que le Ministre, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire absolu, permet de déduire au titre des dépenses d'exploration et d'aménagement préalable à la production qui sont nécessaires à la bonne marche des opérations minières d'où provient le revenu brut et qui sont faites exclusivement à cette fin, mais le total des déductions faites en vertu du présent alinéa ne doit pas dépasser les dépenses totales;

d) de tous les deniers versés à Sa Majesté au cours de l'année financière sous forme

(i) de taxes qui s'appliquent particulièrement à l'étendue ou à la superficie des terres où les opérations minières ont lieu dans la province, peu importe que la Loi qui impose la taxe ait été adoptée avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi, et

(ii) de loyers, de redevances, de droits et d'autres paiements faits en échange du droit de se livrer aux opérations minières d'où provient la totalité ou partie du revenu brut, mais non d'un paiement de taxes, sauf dans la mesure où le sous-alinéa (i) du présent alinéa le permet;

(e) such reserves for doubtful debts as the Minister in his absolute discretion permits for the mining operations during the fiscal year;

(f) an amount by way of return on capital directly and necessarily employed by the taxpayer in processing minerals extracted from land pursuant to mining operations equal to eight per centum (8%) of the original cost, exclusive of interest charges, of the depreciable assets, including machinery, equipment, plant, buildings, works and improvements used by the taxpayer in the processing of such minerals, but the amount to be deducted under this paragraph shall not be in excess of sixty-five per centum (65%) of the portion remaining after deducting from the gross income the amounts specified in paragraphs (a) to (e) inclusive.

(2) No deduction shall be made from the gross income under subsection (1) in respect of

(a) disbursements not wholly, exclusively and necessarily expended for the purpose of generating the gross income;

(b) expenditures for the provision or replacement of plant, machinery or equipment or any other item of a capital nature;

(c) any amount transferred or credited to a reserve contingent account or sinking fund, other than for permitted doubtful debts referred to in subsection (1);

(d) rentals, royalties and other payments paid by the taxpayer to any person, other than Her Majesty, under any Act, agreement, grant, lease or licence for the right to engage in mining operations;

(e) disbursements made for the purpose of maintenance of property not applied in the generation of the gross income during the fiscal year;

(f) any payment made for goods or services provided by a parent, subsidiary, affiliated or associated company in excess of the actual costs of those goods or services.

**7.** For the purposes of Section 5, the taxable income derived from mining operations by an operator and by a contractor is the net income less either

e) des réserves pour créances douteuses que le Ministre, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire absolu, permet de déduire relativement aux opérations minières effectuées au cours de l'année financière;

f) d'un montant à titre de rendement du capital que le contribuable a dû nécessairement employer directement pour le traitement de minéraux extraits du sol par suite d'opérations minières, et ce montant est de huit pour cent (8 %) du coût initial, sans compter les intérêts, de l'actif amortissable, y compris la machinerie, l'équipement, le matériel, les immeubles, les ouvrages et les améliorations employés par le contribuable dans le traitement de ces minéraux, mais le montant à déduire conformément au présent alinéa ne doit pas dépasser soixante-cinq pour cent (65 %) de ce qui reste après que les montants précisés aux alinéas a) à e) inclusivement ont été déduits du revenu brut.

(2) Aucune déduction applicable au revenu brut prévue au paragraphe (1) ne sera faite à l'égard

a) des débours non entièrement, exclusivement et nécessairement faits en vue de produire le revenu brut;

b) des dépenses pour la fourniture ou pour le remplacement de matériel, de machinerie ou d'équipement ou de tout autre bien immobilisé;

c) de tout montant qui est viré à une réserve de prévoyance ou à une caisse d'amortissement ou qui est porté au compte de pareille réserve ou caisse, à moins que ce montant ne soit affecté aux créances douteuses déductibles visées au paragraphe (1);

d) des loyers, des redevances et des autres paiements effectués par le contribuable à toute personne autre que Sa Majesté en vertu de toute loi, toute entente, toute cession, tout bail ou toute licence en échange du droit de se livrer à des opérations minières;

e) des débours faits pour l'entretien de biens non utilisés pour produire le revenu brut au cours de l'année financière;

f) de tout paiement fait au titre de marchandises ou de services fournis par une société-mère, par une filiale ou par une société affiliée ou associée qui est supérieur au coût réel de ces marchandises ou services.

**7.** Aux fins de l'article 5, le revenu imposable tiré d'opérations minières par un exploitant et par un entrepreneur est le revenu net moins le plus élevé

(a) all moneys paid during the fiscal year, by way of rental, royalty or other payment to any person, other than to Her Majesty, for the grant of the right to engage in mining operations; or

(b) twenty per centum (20%) of the net income, whichever is the greater.

. . .

**PART III**

**Mineral Rights Tax**

(a) *Tax Payable By Operators and Contractors*

**9.**—(1) Subject to subsection (2), every operator and every contractor is liable for and shall pay to the Minister in the manner and at the time or times set out in this Act an annual tax of twenty per centum (20%) of the amount, if any, by which twenty per centum (20%) of the net income of the operator or contractor exceeds the aggregate of all moneys paid by the operator or contractor during the fiscal year by way of rental, royalty or other payment to any person, other than Her Majesty, for the grant of the right to engage in mining operations.

. . .

(b) *Tax Payable By Recipients Of Rentals, Royalties and Like Payments*

**10.**—(1) Every person who receives from

(a) an operator, contractor or any other person during a fiscal year any money by way of rental, royalty or other payment for the grant to the operator, contractor or other person of the right to engage in mining operations; or

(b) the Minister of Mines and Energy during a fiscal year any money by way of payment to that person, as owner of an undeveloped mineral area, pursuant to Section 8 of The Undeveloped Mineral Areas Act,

is liable for and shall pay to the Minister in the manner and at the time set out in this Act an annual tax of twenty per centum (20%) of the net revenue received in consideration of the grant of the right during that fiscal year.

(2) For the purposes of subsection (1), "net revenue" means the total sum received from the operator, contractor, person or the Minister of Mines and Energy during the fiscal year less

a) de tout l'argent payé au cours de l'année financière sous forme de loyers, de redevances ou d'autres paiements à toute personne autre que Sa Majesté en échange de la cession du droit de se livrer à des opérations minières; ou

b) de vingt pour cent (20 %) du revenu net.

. . .

**PARTIE III**

**Taxe sur les droits miniers**

a) *Taxe payable par les exploitants et par les entrepreneurs*

**9.**—(1) Sous réserve du paragraphe (2), tous les exploitants et tous les entrepreneurs sont assujettis à une taxe annuelle de vingt pour cent (20 %) du montant, s'il en est, par lequel vingt pour cent (20 %) de leur revenu net dépasse le total de tout l'argent qu'ils ont payé au cours de l'année financière sous forme de loyers, de redevances, ou d'autres paiements à toute personne autre que Sa Majesté en échange de la cession du droit de se livrer à des opérations minières, et ils sont tenus de payer cette taxe au Ministre de la manière et aux époques précisées dans la présente loi.

. . .

b) *Taxe payable par les personnes qui reçoivent des loyers, des redevances et des paiements semblables*

**10.**—(1) Quiconque

a) reçoit d'un exploitant, d'un entrepreneur ou de toute autre personne, au cours d'une année financière, de l'argent sous forme de loyers, de redevances ou d'autres paiements en échange de la cession à l'exploitant, à l'entrepreneur ou à une autre personne du droit de se livrer à des opérations minières; ou

b) en sa qualité de propriétaire d'une zone minière inexploitée, reçoit du ministre des Mines et de l'Energie, au cours d'une année financière, de l'argent à titre de paiement en application de l'article 8 de l'Undeveloped Mineral Areas Act,

est assujetti à une taxe annuelle de vingt pour cent (20 %) du revenu net reçu au cours de l'année financière en échange de la cession du droit, et est tenu de payer cette taxe au Ministre de la manière et aux époques précisées dans la présente loi.

(2) Aux fins du paragraphe (1), l'expression «revenu net» désigne la somme totale reçue de l'exploitant, de l'entrepreneur, de la personne ou du ministre des Mines et de l'Energie au cours de l'année financière moins

(a) all administrative, accounting, legal and other expenses which in the opinion of the Minister are necessarily incurred by the taxpayer in the collection of the money from the operator or contractor;

(b) such amount, as the Lieutenant-Governor in Council may allow for any costs and outlays incurred by the taxpayer within the area of land in or upon which the taxpayer has the right to engage in mining operations or such other areas of land as may be prescribed; and

(c) all moneys paid during the fiscal year, by way of rental, royalty or other payment to any person, other than to Her Majesty, for the grant of the right to engage in mining operations.

. . .

**12.** Nothing in any Act of the province, or in any grant, deed, licence, contract, agreement or other document (whether or not such grant, deed, licence, contract, agreement or other document has received ratification by the Legislature), passed, given, made or entered into prior to the coming into operation of this Act, shall be construed so as

(a) to defeat the liability of a taxpayer to pay the tax required to be paid by Section 10 of this Part; or

(b) to enable any person who is liable for and required to pay a tax under Section 10 of this Act, to require the operator, contractor or any other person from whom such person receives any money by way of rental, royalty or other payment for the grant of the right to engage in mining operations,

(i) to pay such tax in its stead or place, or

(ii) to indemnify and save harmless such person against any such tax; or

(c) to impose any liability on the part of Her Majesty for loss or damage sustained,

and where any of the provisions contained in such Act, grant, deed, licence, contract, agreement or other document is in conflict with any of the provisions of this Act, the latter shall prevail.

The status of the appellants to challenge the validity of the Act was as recipients of rentals, royalties or other payments for grants to operators, contractors or other persons of the right to engage in mining operations. They were affected only by

a) l'ensemble des dépenses administratives, de comptabilité, judiciaires et autres que, de l'avis du Ministre, le contribuable a dû nécessairement faire pour recouvrer l'argent que lui doit l'exploitant ou l'entrepreneur;

b) le montant que le lieutenant-gouverneur en conseil peut permettre de déduire au titre des frais et des débours que le contribuable a faits dans les limites de la zone où il a le droit de se livrer à des opérations minières ou dans les limites des autres zones qui peuvent être prescrites; et

c) tout l'argent payé au cours de l'année financière sous forme de loyers, de redevances ou d'autres paiements à toute personne autre que Sa Majesté en échange de la cession du droit de se livrer à des opérations minières.

. . .

**12.** Aucune disposition d'une loi de la province adoptée avant l'entrée en vigueur de la présente loi, ni aucune disposition d'un acte de cession, d'un acte scellé, d'une licence, d'un contrat, d'une entente ou d'un autre document antérieur à l'entrée en vigueur de la présente loi (peu importe que l'acte de cession, l'acte scellé, la licence, le contrat, l'entente ou l'autre document ait ou non été ratifié par la législature), ne doit être interprétée de manière

a) à exempter un contribuable de la taxe imposée par l'article 10 de la présente Partie; ni

b) à permettre à une personne qui est assujettie à une taxe prévue par l'article 10 de la présente loi d'exiger que l'exploitant, l'entrepreneur ou toute autre personne de qui elle reçoit de l'argent sous forme de loyers, de redevances, ou d'autres paiements en échange de la cession du droit de se livrer à des opérations minières,

(i) paie cette taxe en son lieu et place, ou

(ii) la tienne indemne et à couvert à l'égard de pareille taxe; ni

c) à imposer à Sa Majesté la responsabilité de toute perte ou de tout dommage subi,

et lorsqu'une disposition quelconque d'une loi de la province, de l'acte de cession, de l'acte scellé, de la licence, du contrat, de l'entente ou de l'autre document est inconciliable avec les dispositions de la présente loi, c'est celle-ci qui prévaut.

C'est en leur qualité de bénéficiaires de loyers, de redevances ou d'autres paiements faits en échange de la cession à des exploitants, à des entrepreneurs ou à d'autres personnes du droit de se livrer à des opérations minières, que les appelan-

the tax imposed by s. 10(1)(a) of the Act. Their submissions to this Court related primarily to that subsection. They contended that the tax imposed by the subsection was not a direct tax and so could not be imposed by the Legislature of Newfoundland since s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*, limited provincial legislative powers in the field of taxation to "Direct Taxation within the Province in order to the raising of a Revenue for Provincial Purposes".

The reference to the Newfoundland Court of Appeal raised only the question of the constitutional validity of the Act. The constitutional question in this Court included that question but also went on to put a further question: "Does the Act, if it is *intra vires*, apply to the Appellants in the present case?" With reference to this issue the appellants in their factum make the following submission, in paragraph 32:

> 32. The circumstances as to which Appellants dispute the constitutional applicability of s. 10(1)(a) of the Act, and of its associated provisions, are these, in general terms.
>
> The Appellants dispute the constitutional application of these provisions to a payee who, outside Newfoundland, receives a payment of royalties in virtue of an agreement made outside Newfoundland and enforceable, at least as regards that payment, outside Newfoundland, the sum being payable only upon the occurrence of an event outside Newfoundland; and the payee not being engaged in any mining operations giving rise to the payment.

Paragraph 33 of the factum contains a statement of a number of facts. Paragraph 34 contains the statement that the appellants do not assert that the facts set out in paragraphs 32 and 33 can be established from the record on the appeal, but request the Court to determine the legal effects which would flow from establishing those facts.

The appellants further contend that they are exempted from the tax imposed by s. 10(1)(a) because of tax exemption provisions granted to Nalco and Javelin by agreements made with them by the Crown in right of Newfoundland which were approved by statute.

tes contestent la validité de la Loi. Seule la taxe qu'impose l'al. 10(1)a) de la Loi les touche. Les moyens qu'elles ont soulevés en cette Cour se rapportent principalement à cet alinéa. Elles ont fait valoir que, comme il ne s'agit pas là d'une taxe directe, la législature de Terre-Neuve ne peut l'imposer, puisque le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* limite les pouvoirs législatifs provinciaux en matière fiscale à «la taxation directe dans les limites de la province, dans le but de prélever un revenu pour des objets provinciaux».

Le renvoi à la Cour d'appel de Terre-Neuve n'a soulevé que la question de la constitutionnalité de la Loi. Cette question a été reprise dans la question constitutionnelle dont nous sommes saisis, mais celle-ci pose en outre une question supplémentaire, savoir: «Si la Loi est *intra vires*, s'applique-t-elle aux appelantes en l'espèce?» A ce propos, les appelantes font valoir au paragraphe 32 de leur mémoire:

> [TRADUCTION] 32. Voici, de façon générale, les circonstances à l'égard desquelles les appelantes contestent l'applicabilité constitutionnelle de l'al. 10(1)a) de la Loi et de ses dispositions connexes.
>
> Les appelantes prétendent que la Constitution ne permet pas l'application de ces dispositions à une personne qui, hors des limites de Terre-Neuve, reçoit des redevances en vertu d'une entente conclue hors des limites de Terre-Neuve et exécutoire, du moins en ce qui concerne le paiement de ces redevances, à l'extérieur de cette province, ce montant n'étant payable que si un événement a lieu hors des limites de Terre-Neuve et, d'autre part, ne se livre pas à des opérations minières donnant lieu à ce paiement.

Le paragraphe 33 du mémoire expose plusieurs faits. Au paragraphe 34, les appelantes déclarent ne pas prétendre que les faits exposés aux paragraphes 32 et 33 puissent être prouvés à partir du dossier conjoint, mais demandent à la Cour de déterminer les conséquences juridiques qui en découleraient, s'ils étaient prouvés.

Les appelantes prétendent en outre qu'en raison de l'exemption d'impôt accordée à Nalco et à Javelin par Sa Majesté du chef de Terre-Neuve dans des ententes approuvées par une loi, elles jouissent d'une exonération de la taxe qu'impose l'al. 10(1)a).

I will deal first with the question of the constitutional validity of the Act. The answer to this question depends upon whether or not the tax which it imposes is direct or indirect.

In *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1978] 2 S.C.R. 545, Mr. Justice Dickson, who wrote the minority decision, reviewed a number of the leading authorities dealing with the test to be applied in determining that issue, which review was accepted in the reasons of the majority. At page 581 he pointed out that the established guide is the classical formulation of John Stuart Mill *(Principles of Political Economy*, Book V, c. 3):

> Taxes are either direct or indirect. A direct tax is one which is demanded from the very person who it is intended or desired should pay it. Indirect taxes are those which are demanded from one person in the expectation and intention that he shall indemnify himself at the expense of another; such are the excise or customs.
>
> The producer or importer of a commodity is called upon to pay a tax on it not with the intention to levy a peculiar contribution upon him, but to tax through him the consumers of the commodity, from whom it is supposed that he will recover the amount by means of an advance in price.

Mill's well-known writings appeared not long before the drafting of the *British North America Act, 1867*, and were presumed by the Privy Council to be familiar to the Fathers of Confederation.

At page 582 he said:

> Mill's test became firmly established in *Bank of Toronto v. Lambe* [(1887), 12 App. Cas. 575]. In that case Lord Hobhouse said that while it was proper and, indeed, necessary to have regard to the opinion of economists, the question is a legal one, *viz.* what the words mean as used in the statute. The problem is primarily one of the law rather than of refined economic analysis. The dividing line between a direct and an indirect tax is referable to and ascertainable by the "general tendencies of the tax and the common understanding of men as to those tendencies": *Lambe's* case.

> The general tendency of a tax is the relevant criterion. This must be distinguished from the ultimate incidence of the tax in the circumstances of the particular case:

Je passe d'abord à la question de la constitutionnalité de la Loi. Pour répondre à cette question, il s'agit de déterminer si la taxe qu'elle impose est directe ou indirecte.

Dans l'arrêt *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1978] 2 R.C.S. 545, le juge Dickson, qui a rédigé les motifs de la minorité, a passé en revue plusieurs arrêts de principe portant sur le critère à appliquer pour trancher cette question, et son examen des arrêts a été approuvé dans les motifs de la majorité. A la page 581, le juge Dickson fait remarquer que le critère est la formule classique de John Stuart Mill (*Principes d'économie politique*, Livre V, c. 3):

> [TRADUCTION] Les impôts sont directs ou indirects. L'impôt direct est celui qu'on exige de la personne même qui doit l'assumer. Les impôts indirects sont ceux qu'on exige d'une personne dans l'intention que celle-ci se fasse indemniser par une autre: c'est le cas des taxes d'accise et des droits de douane.
>
> Le producteur ou l'importateur d'une denrée doit payer un impôt sur celle-ci non pas parce qu'on veut lui imposer une contribution particulière, mais afin d'imposer par son entremise les consommateurs de ladite denrée, en supposant qu'il va leur faire supporter le fardeau de l'impôt en augmentant ses prix.

Les ouvrages bien connus de Mill ont été publiés peu avant la rédaction de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, et le Conseil privé a présumé qu'ils étaient bien connus des Pères de la Confédération.

A la page 582 il dit:

> Le critère de Mill a été fermement établi dans l'arrêt *Banque de Toronto c. Lambe* [(1887), 12 App. Cas. 575]. Dans cette affaire, lord Hobhouse a déclaré que s'il était fort à propos, et même nécessaire, de tenir compte de l'opinion des économistes, la question est une question de droit, savoir le sens à donner à ces mots dans le contexte de la loi. La question est principalement une question de droit plutôt que d'analyse économique subtile. La ligne de démarcation entre un impôt direct et un impôt indirect s'établit et se détermine en considérant [TRADUCTION] «la tendance générale de l'impôt et le sens ordinaire qu'il est convenu de donner à un impôt de cette tendance»: affaire *Lambe*.

> La tendance générale de l'impôt est le critère pertinent. Celle-ci doit être distinguée de l'incidence finale de l'impôt selon les circonstances du cas particulier: *La*

*City of Halifax v. Fairbanks Estate* [[1928] A.C. 117]; *Attorney-General for British Columbia v. Kingcome Navigation Co. Ltd.* [[1934] A.C. 45].

In *City of Charlottetown v. Foundation Maritime Co.* [[1932] S.C.R. 589], Rinfret J. pointed out that Mill's canon is founded on the theory of the ultimate incidence of the tax, not the ultimate incidence depending on the special circumstances of individual cases.

The nature of the tax is a question of substance and does not turn on the language used by the Legislature: *The King v. Caledonian Collieries Ltd.* [[1928] A.C. 358].

At pages 583-84 he went on to say:

Clearly, direct and indirect taxation are terms of historical reference, and although there is no reason to believe that the *B.N.A. Act* is not a document of evolving meaning, not limited to its original inspiration, jurisprudence, in so far as concerns particular forms of taxation like income or property taxes, has captured the historical spirit of "direct" and "indirect" taxation and preserved it. The effect of this was explained by Lord Cave in *City of Halifax v. Fairbanks Estate* [[1928] A.C. 117], at p. 125:

What then is the effect to be given to Mill's formula above quoted? No doubt it is valuable as providing a logical basis for the distinction already established between direct and indirect taxes, and perhaps also as a guide for determining as to any new or unfamiliar tax which may be imposed in which of the two categories it is to be placed; but it cannot have the effect of disturbing the established classification of the old and well known species of taxation, and making it necessary to apply a new test to every particular member of those species. The imposition of taxes on property and income, of death duties and of municipal and local rates is, according to the common understanding of the term, direct taxation, just as the exaction of a customs or excise duty on commodities or of a percentage duty on services would ordinarily be regarded as indirect taxation; and although new forms of taxation may from time to time be added to one category or the other in accordance with Mill's formula, it would be wrong to use that formula as a ground for transferring a tax universally recognized as belonging to one class to a different class of taxation.

Historically well-understood categories of taxation have a known jurisprudential fate. Thus, a customs levy cannot be made by the Legislature whereas a property

*ville de Halifax c. La succession Fairbanks* [[1928] A.C. 117]; *Procureur général de la Colombie-Britannique c. Kingcome Navigation Co. Ltd.* [[1934] A.C. 45].

Dans *La ville de Charlottetown c. Foundation Maritime Co.* [[1932] R.C.S. 589], le juge Rinfret a relevé que la règle de Mill était fondée sur la théorie de l'incidence finale de l'impôt et non pas sur l'incidence finale dépendant des circonstances spéciales des cas particuliers.

La nature de l'impôt est une question de fond et ne dépend pas de la terminologie utilisée par la législature: *Le Roi c. Caledonian Collieries Ltd.* [[1928] A.C. 358].

Aux pages 583 et 584, il ajoute:

Il est clair que l'expression taxation directe et indirecte a une connotation historique et bien qu'il n'y ait aucune raison de croire que l'*A.A.N.B.* n'est pas un document dont le sens évolue, qui n'est pas limité à son inspiration originale, la jurisprudence, pour autant qu'elle porte sur des formes particulières de taxation comme l'impôt sur le revenu ou les taxes sur la propriété, a capté le sens historique de taxation «directe» et «indirecte» et l'a conservé. Lord Cave a expliqué l'effet de ce qui précède dans *La ville de Halifax c. La succession Fairbanks* [[1928] A.C. 117], à la p. 125:

[TRADUCTION] Quel effet faut-il attribuer à la formule de Mill précitée? Elle est certainement valable en ce qu'elle fournit une base logique à la distinction déjà établie entre les impôts directs et indirects et sert peut-être aussi de guide pour déterminer dans laquelle des deux catégories il faut placer un impôt nouveau ou inconnu; mais elle ne doit pas venir perturber la classification établie des impôts anciens et bien connus et rendre nécessaire l'application d'un nouveau critère à chaque sous-catégorie de ce genre d'impôts. La taxe foncière et l'imposition du revenu, les droits successoraux et les contributions municipales et locales relèvent de la taxation directe, au sens habituel du terme, au même titre que la perception de droits de douane ou d'accise sur des denrées ou d'un droit en pourcentage sur des services sera ordinairement considérée comme une taxation indirecte; bien que de nouvelles formes de taxation puissent, à l'occasion, être ajoutées à l'une ou l'autre catégorie selon la formule de Mill, on aurait tort d'invoquer cette formule pour transférer un impôt universellement reconnu comme appartenant à une catégorie, à une catégorie de taxation différente.

Les catégories d'impôt historiquement bien définies obéissent à une théorie générale du droit connue. Ainsi des droits de douane ne peuvent pas être créés par les

tax or income tax falls unquestionably within their competence.

I will turn first to the tax imposed by s. 5 of the Act. It requires every operator and contractor to pay an annual tax of 15 per cent of taxable income derived by the operator or the contractor from mining operations within every mine within the province. Taxable income means net income less payments permitted to be deducted by s. 7. Net income is gross income less amounts to be deducted under s. 6. Section 6 lists a number of permitted deductions from gross income and includes, *inter alia*, "all expenses and outlays reasonably incurred in mining operations and in processing minerals extracted from land pursuant to those mining operations", reserves for doubtful debts and a return on capital employed in processing minerals.

In my opinion, this is an income tax and constitutes direct taxation. The fact that the tax is upon a particular component of the taxpayer's income does not alter the situation. In *Forbes v. Attorney-General of Manitoba*, [1937] A.C. 260, at p. 269, Lord MacMillan, delivering the opinion of the Judicial Committee of the Privy Council, said:

> A tax is not the less a tax on income because it is imposed on a particular component of the taxpayers' income. It may be convenient to tax one part of the taxpayers' income in one way, another part in another way.

The next matter to be considered is the tax imposed under s. 9. This section provides for an annual tax upon operators and contractors of 20 per cent of the amount, if any, by which 20 per cent of net income exceeds the aggregate of all moneys paid by way of rental, royalty or other payment to any person other than Her Majesty for the grant of the right to engage in mining operations. It should be noted that under s. 7 in computing taxable income, for the purposes of the s. 5 tax, the taxpayer can deduct from net income all moneys paid by way of rental, royalty or other payment to any person, other than Her Majesty for the right to engage in mining operations, or 20

législatures, alors qu'une taxe foncière ou un impôt sur le revenu relève indiscutablement de leur compétence.

Je porte mon attention en premier lieu sur la taxe imposée par l'art. 5 de la Loi. Aux termes de cet article, tous les exploitants et tous les entrepreneurs sont tenus de payer une taxe annuelle de 15 pour 100 du revenu imposable qu'ils tirent d'opérations minières dans toutes les mines situées dans la province. L'expression «revenu imposable» désigne le revenu net moins les déductions que l'art. 7 autorise. Les mots «revenu net» signifient le revenu brut moins les déductions autorisées par l'art. 6. Ce dernier article énumère les montants qui peuvent être déduits du revenu brut, notamment «toutes les dépenses et ... tous les débours que peuvent raisonnablement entraîner les opérations minières et le traitement de minéraux extraits du sol par suite de ces opérations», les provisions pour créances douteuses et un rendement du capital employé pour le traitement de minéraux.

A mon avis, il s'agit d'un impôt sur le revenu et, partant, d'une taxe directe. Le fait que la taxe frappe une partie précise du revenu du contribuable ne change rien à la situation. Dans l'arrêt *Forbes v. Attorney General of Manitoba*, [1937] A.C. 260, à la p. 269, lord MacMillan, qui parlait au nom du Comité judiciaire du Conseil privé, a dit:

> [TRADUCTION] Une taxe n'est pas moins un impôt sur le revenu du fait qu'elle frappe une partie précise du revenu du contribuable. Il peut être commode de taxer une partie de son revenu d'une manière et une autre partie d'une autre manière.

Voilà qui nous amène à la taxe imposée par l'art. 9. Cet article impose aux exploitants et aux entrepreneurs une taxe annuelle de 20 pour 100 du montant, s'il en est, par lequel 20 pour 100 de leur revenu net dépasse le total de tout l'argent payé sous forme de loyers, de redevances ou d'autres paiements à toute personne autre que Sa Majesté en contrepartie de la cession du droit de se livrer à des opérations minières. Il est à noter que, suivant l'art. 7, dans le calcul de son revenu imposable aux fins de la taxe prévue par l'art. 5, le contribuable peut déduire de son revenu net le plus élevé de tout l'argent payé sous forme de loyers, de redevances ou d'autres paiements à toute personne autre que

per cent of net income, whichever is the greater. The position is, therefore, that if a taxpayer has to pay more than 20 per cent of net income for the grant of the rights to mine, that amount may be deducted from net income in computing taxable income, in respect of tax under s. 5, and he would not be liable to pay tax under s. 9. If, however, the payment for the right to mine is less than 20 per cent of net income, he may, in computing taxable income for the purposes of s. 5, deduct 20 per cemt from net income, but he must pay tax under s. 9 at the rate of 20 per cent on the difference between 20 per cent of net income and the amount actually paid by way of royalty, etc., for the right to mine.

Sa Majesté en contrepartie du droit de se livrer à des opérations minières, ou de 20 pour 100 du revenu net. On allègue donc que, si un contribuable doit payer plus de 20 pour 100 de son revenu net en contrepartie du droit d'exploiter des mines, il peut déduire ce montant de son revenu net dans le calcul de son revenu imposable aux fins de la taxe prévue à l'art. 5, et il ne sera pas assujetti à la taxe qu'impose l'art. 9. Si, par contre, le paiement au titre du droit d'exploiter des mines est inférieur à 20 pour 100 du revenu net, le contribuable peut, dans le calcul de son revenu imposable aux fins de l'art. 5, déduire de son revenu net un montant égal à 20 pour 100 de celui-ci, mais il doit alors, conformément à l'art. 9, payer une taxe au taux de 20 pour 100 sur la différence entre 20 pour 100 du revenu net et le montant qu'il a en réalité payé sous forme de redevances, etc., en contrepartie du droit d'exploiter des mines.

In substance, the tax which may become payable by an operator or contractor under s. 9 in the circumstances above mentioned is related to the concession made in s. 7 as to the computation of taxable income for the purposes of s. 5 and forms a part of the general scheme for the taxation of income derived from mining operations. In my opinion, it is a direct tax imposed upon the very person who it is intended should pay it.

En substance, la taxe qu'un exploitant ou un entrepreneur peut avoir à payer conformément à l'art. 9 dans les circonstances susmentionnées est reliée à la concession que fait l'art. 7 relativement au calcul du revenu imposable aux fins de l'art. 5 et fait partie d'un plan général qui vise à taxer les revenus tirés d'opérations minières. A mon avis, il s'agit d'une taxe directe qui frappe la personne même à qui on veut la faire payer.

The next matter for consideration is the constitutional validity of s. 10 which is the provision which affects the appellants. This section provides in para. (a) of subs. (1) that every person who receives during a fiscal year from an operator or contractor or other person a rental, royalty or other payment for the grant to the operator, contractor of other person of the right to engage in mining operations should pay an amount of 20 per cent of the net revenue received in consideration for the grant during the fiscal year.

Passons maintenant à l'examen de la constitutionnalité de l'art. 10, car c'est cette disposition qui touche les appelantes. L'alinéa 10(1)a) prévoit que quiconque reçoit d'un exploitant, d'un entrepreneur ou de toute autre personne, au cours d'une année financière, des loyers, des redevances ou d'autres paiements en échange de la cession à l'exploitant, à l'entrepreneur ou à une autre personne du droit de se livrer à des opérations minières, doit payer un montant de 20 pour 100 du revenu net reçu au cours de l'année financière en contrepartie de la cession.

Paragraph (b) of subs. (1) imposes a like tax upon any person receiving, as owner of an undeveloped area, a payment from the Minister of Mines and Energy pursuant to s. 8 of *The Undeveloped Mineral Areas Act*, R.S.N. 1970, c. 383. This Act enabled the Lieutenant Governor in Council to declare certain areas as undeveloped

L'alinéa 10(1)b) impose une taxe semblable à quiconque, en sa qualité de propriétaire d'une zone minière inexploitée, reçoit du ministre des Mines et de l'Energie un paiement conformément à l'art. 8 de *The Undeveloped Mineral Areas Act*, R.S.N. 1970, chap. 383. Cette loi permet au lieutenant-gouverneur en conseil de déclarer que certaines

mineral areas, as defined in the Act. The Minister could then make agreements for their development and provide from payments by the operator for the rights granted to him. Section 8 provides for payments by the Minister to the owner of the land of a portion of the moneys received from the operator. These are statutory payments by the Crown. Paragraph (b) of subs. (1) provides for a tax on the net revenue received. This is an income tax and there is no way in which the recipient of the funds could pass on the tax to anyone else. In my opinion this is a direct tax.

I will revert now to para. (a). This involves a tax on net revenue received for granting a right to mine. Subsection (2) defines net revenue as the total sum received less certain permitted deductions:

(a) a deduction is permitted in respect of expenses necessarily incurred in the collection of the money from the operator or contractor. It is the opinion of the Minister which determines the necessity of the expenditure.

(b) Such amounts as the Lieutenant Governor in Council may allow for costs and outlays incurred by the taxpayer within the area of land in which the taxpayer has the right to engage in mining operations.

(c) All moneys paid during the fiscal year by way of rental, royalty or other payment to any person, other than Her Majesty, for the right to engage in mining operations.

The tax imposed by para. (a) is in respect of the receipt by an owner of payments made by a producer of minerals for the right to engage in mining operations on the owner's land. It is not a tax upon production. It is a tax on moneys received for the granting of a right to mine. The fact that the payment may, in the case of a royalty, be measured in relation to the minerals produced does not make the tax a production tax.

The appellants' submission is that the para. (a) tax is not a tax upon income, but it is a tax upon gross revenue, and that the general economic tend-

régions sont des zones minières inexploitées au sens de la Loi. Le Ministre peut alors conclure des ententes en vue de leur aménagement et y pourvoir en puisant dans les paiements qu'a faits l'exploitant en contrepartie des droits qui lui ont été cédés. L'article 8 prévoit que le Ministre verse au propriétaire des terres une partie des fonds reçus de l'exploitant. Sa Majesté effectue ces paiements en vertu d'une loi. L'alinéa b) prévoit une taxe sur le revenu net. Il s'agit là d'un impôt sur le revenu et la personne qui reçoit les fonds ne peut en aucune façon reporter la taxe sur quelqu'un d'autre. A mon avis, cette taxe est directe.

Je reviens maintenant sur l'al. a) qui impose une taxe sur le revenu net reçu en contrepartie de la cession d'un droit d'exploiter des mines. Aux termes du par. (2), l'expression «revenu net» signifie le montant total reçu moins certains montants qu'on peut en déduire:

a) une déduction est permise au titre des dépenses qu'on a dû nécessairement faire pour recouvrer l'argent que doit l'exploitant ou l'entrepreneur. C'est le Ministre qui décide de la nécessité de ces dépenses.

b) les montants dont le lieutenant-gouverneur en conseil peut autoriser la déduction au titre des frais et des débours que le contribuable a faits dans les limites de la zone où il a le droit de se livrer à des opérations minières.

c) Tout l'argent payé au cours de l'année financière sous forme de loyers, de redevances ou d'autres paiements à toute personne autre que Sa Majesté en échange du droit de se livrer à des opérations minières.

La taxe qu'impose l'al. a) s'applique aux montants qu'un propriétaire reçoit d'un producteur de minéraux en contrepartie du droit de se livrer à des opérations minières sur les terres du propriétaire. Il ne s'agit pas d'une taxe à la production. Il s'agit en fait d'une taxe sur l'argent reçu en contrepartie de la cession d'un droit d'exploiter des mines. Bien que le paiement puisse, dans le cas d'une redevance, être calculé en fonction des minéraux produits, cela ne suffit pas pour faire de cette taxe une taxe à la production.

Les appelantes font valoir que la taxe prévue par l'al. a) est un impôt non pas sur le revenu, mais sur le revenu brut et que la tendance économique

ency would be for the taxpayer to pass the tax on to some other person, thus making the tax indirect.

The basis for the contention that the tax is not truly an income tax is that the deductions from total sums received, which are permitted by s. 10(2), in order to arrive at net revenue, are too limited in scope and are dependent on ministerial discretion. Reference is made to the difference between the deductions permissible under s. 6 in computing taxable income for the purposes of the tax imposed by s. 5 and those permitted under s. 10(2) for the purpose of computing net revenue for the purposes of the tax imposed by s. 10(1)(a).

This comparison overlooks the difference between the tax imposed by s. 5 and that imposed by s. 10(1)(a). The former is a tax on taxable income derived from mining operations. The income of the taxpayer is derived from the production of minerals and this involves the kind of outlays which are provided for in s. 6. The tax imposed by s. 10(1)(a) is upon a person who has the right to engage in mining operations, but who instead of engaging in mining operations himself, by contract grants the right to conduct such operations to someone else in return for payments to be made by the producer. The deductions from revenue, to arrive at net revenue, permitted by s. 10(2) are appropriate to that situation.

In my opinion the tax imposed by s. 10(1)(a) is an income tax and not a tax on gross revenue.

The appellants assume that a tax on gross revenue would necessarily be an indirect tax and rely upon the judgment of the Privy Council in *R. v. Caledonian Collieries, Ltd.*, [1928] A.C. 358. That case involved a tax imposed by an Alberta statute upon every mine owner of a percentage of the gross revenue of his mine during each preceding month. The tax was held to be an indirect tax.

This conclusion was not reached upon the basis that, as a tax on gross revenue, it must be presumed to be indirect. The reason for the decision is

générale du contribuable serait de reporter la taxe sur quelqu'un d'autre, ce qui en fait une taxe indirecte.

La prétention qu'il ne s'agit pas en réalité d'un impôt sur le revenu se fonde sur ce que les déductions des montants totaux reçus aux termes du par. 10(2) pour arriver au revenu net sont de portée trop restreinte et relèvent du pouvoir discrétionnaire du Ministre. On souligne la différence entre les déductions permises par l'art. 6 dans le calcul du revenu imposable aux fins de la taxe imposée par l'art. 5 et celles permises par le par. 10(2) dans le calcul du revenu net aux fins de la taxe imposée par l'al. 10(1)a).

Cette comparaison ne tient pas compte de la différence entre la taxe qu'impose l'art. 5 et celle qu'impose l'al. 10(1)a). Dans le premier cas, il s'agit d'une taxe sur le revenu imposable tiré d'opérations minières. Le revenu du contribuable provient de la production de minéraux, ce qui comporte le type de débours dont il est question à l'art. 6. La taxe imposée par l'al. 10(1)a) vise une personne qui détient le droit de se livrer à des opérations minières, mais qui, au lieu de le faire elle-même, passe un contrat par lequel elle cède ce droit à quelqu'un d'autre, en l'occurrence le producteur, moyennant des paiements par ce dernier. Dans cette situation, pour en arriver au revenu net, on peut déduire à bon droit du revenu les montants permis au par. 10(2).

A mon avis, la taxe qu'impose l'al. 10(1)a) constitue un impôt sur le revenu et non sur le revenu brut.

Les appelantes présument qu'un impôt sur le revenu brut est nécessairement une taxe indirecte et elles appuient leur point de vue sur l'arrêt du Conseil privé *R. v. Caledonian Collieries, Ltd.*, [1928] A.C. 358. Dans cette affaire-là, une loi albertaine frappait chaque propriétaire de mine d'un impôt qui consistait en un pourcentage du revenu mensuel brut provenant de sa mine. Le Conseil privé a conclu que c'était un impôt indirect.

Cette conclusion ne se fonde pas sur l'existence d'une présomption selon laquelle un impôt sur le revenu brut est nécessairement indirect. Le motif

stated in the following passage from the judgment at p. 362:

What then is the general tendency of the tax now in question?

First it is necessary to ascertain the real nature of the tax. It is not disputed that, though the tax is called a tax on "gross revenue," such gross revenue is in reality the aggregate of sums received from sales of coal, and is indistinguishable from a tax upon every sum received from the sale of coal.

The respondents are producers of coal, a commodity the subject of commercial transactions. Their Lordships can have no doubt that the general tendency of a tax upon the sums received from the sale of the commodity which they produce and in which they deal is that they would seek to recover it in the price charged to a purchaser. Under particular circumstances the recovery of the tax may, it is true, be economically undesirable or practically impossible, but the general tendency of the tax remains.

The situation in that case is not analogous to that of persons required to pay tax under s. 10(1)(a). The persons required to pay the tax are not producers of minerals, the subject of commercial transactions. They cannot seek to recover the tax in the price charged to purchasers of the minerals produced. They could not seek to recover the tax imposed upon them from the operators or contractors without an agreement on the part of the persons to whom the rights to mine were granted, to increase the payments stipulated in the grant. Even if such an agreement were possible, it would be in breach of s. 12(b) of the Act.

I agree with the comments of Chief Justice Mifflin speaking for the Court of Appeal in this case. After referring to a passage from the reasons of the Privy Council in the *Caledonian Collieries* case, he said:

A tax on gross revenue is actually a tax on the total sales which can be very easily tacked onto the price and passed along to the consumer. The tax imposed by Section 10 is not a gross revenue tax, nor is it a commodity tax. It is a tax on net revenues or income from rentals, royalties and like payment arrived at by deducting from the total sum received certain amounts

de la décision se dégage du passage suivant qui se trouve à la p. 362:

[TRADUCTION] Donc, quelle est la tendance générale de l'impôt en question?

Tout d'abord, il faut déterminer le caractère véritable de l'impôt. On ne conteste pas que, même si l'on parle ici d'un impôt sur le «revenu brut», ledit revenu brut est en fait la somme globale des paiements reçus pour la vente de houille, et qu'on ne peut distinguer cet impôt d'un impôt qui serait exigé sur chaque somme perçue pour une vente de houille.

Les intimés sont des producteurs de houille, une matière dont on fait le commerce. Selon leurs Seigneuries, il n'y a pas de doute que la tendance générale d'un impôt prélevé sur les sommes reçues lors de la vente de la matière qu'ils produisent et dont ils font commerce est telle qu'ils vont essayer de se faire rembourser à même le prix exigé de l'acheteur. Dans certaines circonstances, il se peut fort bien que la répercussion de l'impôt soit économiquement indésirable ou même pratiquement impossible, mais sa tendance générale n'en change pas pour autant.

La situation qui existait alors ne présente pas d'analogie avec celle des personnes assujetties à la taxe prévue par l'al. 10(1)a). Les assujettis ne sont pas des producteurs de minéraux, c'est-à-dire d'une matière dont on fait le commerce. Ils ne peuvent essayer de se faire rembourser en répercutant la taxe sur le prix qu'ils demandent aux acheteurs des minéraux produits. A moins que les cessionnaires des droits d'exploiter des mines ne consentent à augmenter les paiements prévus dans l'acte de cession, les assujettis ne peuvent essayer de répercuter sur les exploitants ou les entrepreneurs la taxe dont ils sont eux-mêmes frappés. A supposer même que pareille entente soit possible, elle contreviendrait à l'al. 12b) de la Loi.

J'approuve les observations du juge en chef Mifflin qui parlait au nom de la Cour d'appel en l'espèce. Après s'être référé à un passage tiré des motifs du Conseil privé dans l'arrêt *Caledonian Collieries*, il dit:

[TRADUCTION] Puisqu'un impôt sur le revenu brut frappe en réalité les ventes totales, il peut très facilement s'ajouter au prix de manière à être reporté sur le consommateur. La taxe qu'impose l'art. 10 n'est pas un impôt sur le revenu brut ni sur les marchandises. Il s'agit en fait d'un impôt sur les revenus nets tirés de loyers, de redevances et de paiements de même nature, dont on

for specified expenses allowed by the Act. The fact that the amounts of administrative and other expenses allowed under Subsection (a) of Section 10 of the Act are in the discretion of the Minister does not make the tax a gross revenue tax. The nature of the deductions are spelled out; there can be no doubt that amounts are deductible and what the Minister may do is to quantify these amounts. The same remark is applicable to the deductions allowed under Subsection (2)(b) of Section 10 where the amount is left to the discretion of the Lieutenant-Governor in Council. This Court ought not to ascribe to the Minister or Lieutenant-Governor in Council motives that would amount to an improper exercise of these discretionary powers, which would result in no deductions being permitted, thus imposing a tax on gross rentals, royalties and like payments.

établit le montant en déduisant du montant global reçu certains montants au titre des dépenses précisées dans la Loi. Quoique les montants que l'al. 10a) de la Loi permet de déduire au titre des dépenses administratives et autres relèvent du pouvoir discrétionnaire du Ministre, il ne s'agit pas pour autant d'un impôt sur le revenu brut. Cet alinéa précise bien la nature des déductions; il ne fait pas de doute que certains montants sont déductibles et que ce que le Ministre peut faire, c'est en fixer les montants. Cela vaut également pour les déductions que permet l'al. 10(2)b), dont le montant relève du pouvoir discrétionnaire du lieutenant-gouverneur en conseil. Il n'appartient pas à cette Cour d'imputer au Ministre ou au lieutenant-gouverneur en conseil des motifs qui reviendraient à un exercice illégitime de ces pouvoirs discrétionnaires de sorte qu'aucune déduction ne serait permise, ce qui entraînerait le prélèvement d'une taxe sur le montant brut des loyers, des redevances et des paiements semblables.

With respect to the submission of the appellants that the economic tendency would be for the taxpayer to seek to pass the tax on to someone else, the answer is that this is not sufficient, in itself, to make the tax an indirect tax.

Quant à l'allégation des appelantes que la tendance économique du contribuable serait d'essayer de reporter la taxe sur quelqu'un d'autre, disons en réponse que cela ne suffit pas en soi pour en faire une taxe indirecte.

In *Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Company*, [1950] A.C. 87, Lord Greene, who delivered the reasons of the Privy Council, said, at p. 119:

It is probably true of many forms of tax which are indisputably direct that the assessee will desire, if he can, to pass the burden of the tax on to the shoulders of another. But this is only an economic tendency. The assessee's efforts may be conscious or unconscious, successful or unsuccessful; they may be defeated in whole or in part by other economic forces. This type of tendency appears to their Lordships to be something fundamentally different from the "passing on" which is regarded as the hallmark of an indirect tax.

Dans l'arrêt *Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Company*, [1950] A.C. 87, lord Greene, qui expose les motifs du Conseil privé, dit, à la p. 119:

[TRADUCTION] Il est probablement vrai, dans le cas de bon nombre de formes de taxes qui sont incontestablement directes, que l'assujetti voudra, si possible, en reporter le fardeau sur quelqu'un d'autre. Mais il ne s'agit là que d'une tendance économique. L'assujetti peut agir consciemment ou inconsciemment, avec succès ou sans succès; ses efforts peuvent totalement ou partiellement échouer en raison d'autres forces économiques. Leurs Seigneuries estiment que ce genre de tendance est foncièrement différente du «report» que l'on considère comme la marque d'une taxe indirecte.

In a recent case in this Court, *Minister of Finance of New Brunswick v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 144, the issue was as to the constitutional validity of a New Brunswick statute which imposed a sales tax upon the respondent company in respect of the free distribution of catalogues to persons in that province. One of the issues in the case was as to whether the tax was an indirect tax. In support of the contention that the tax was indirect, evidence was given by officers of

Dans une affaire récente *Ministre des Finances du Nouveau-Brunswick c. Simpsons-Sears Ltée*, [1982] 1 R.C.S. 144, cette Cour a eu à trancher la question de la constitutionnalité d'une loi du Nouveau-Brunswick qui avait imposé une taxe de vente à la société intimée relativement à la distribution gratuite de catalogues à des personnes dans cette province. L'une des questions soulevées dans cette affaire-là était de savoir s'il s'agissait d'une taxe indirecte. A l'appui de l'allégation que c'était une

the respondent company that the cost of the catalogues, including the sales tax, would be recovered in the fixing of prices to customers. This argument was not accepted. Chief Justice Laskin, who delivered the unanimous decision of the Court, said at pp. 161-62:

> There is no doubt, on the evidence, and on ordinary economic considerations which are obvious enough to justify a Court in taking judicial notice of them, that the company would seek, if it could, to include the cost to it of its catalogues and the tax payable on their free distribution in its expense of doing business, and thus seek to pass this expense on to its customers. However, economic considerations are not invariable touchstones of legal incidence. Although the tests of direct and indirect taxation have, almost from the beginning of Canadian federalism, been based on Mill's *Political Economy*, they have necessarily been placed in a legal setting and have been applied as providing a legal definition and not an economic one. There is a passage in *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575, at p. 583, which is an appropriate reference here, although it deals with a different type of tax. The passage is as follows:
>
> > ... the tax now in question is demanded directly of the bank apparently for the reasonable purpose of getting contributions for provincial purposes from those who are making profits by provincial business. It is not a tax on any commodity which the bank deals in and can sell at an enhanced price to its customers. It is not a tax on its profits, nor on its several transactions. It is a direct lump sum, to be assessed by simple reference to its paid-up capital and its places of business. It may possibly happen that in the intricacies of mercantile dealings the bank may find a way to recoup itself out of the pockets of its Quebec customers. But the way must be an obsure and circuitous one, the amount of recoupment cannot bear any direct relation to the amount of tax paid, and if the bank does manage it, the result will not improbably disappoint the intention and desire of the Quebec Government. For these reasons their Lordships hold the tax to be direct taxation within class 2 of sect. 92 of the Federation Act.

The "general tendency" argument, found, for example, in the *Caledonian Collieries* case, is not one that establishes a principle outside of the context in which it was used in that case. Where, as in the present case, the tax imposed in respect of the free distribution of catalogues takes no account of what ultimately happens to

taxe indirecte, des membres de la direction de la société intimée ont témoigné qu'on recouvrerait le coût des catalogues, y compris la taxe de vente, en fixant les prix exigés des clients. Cet argument n'a pas été retenu. Le juge en chef Laskin, qui a prononcé l'arrêt unanime de la Cour, a dit aux pp. 161 et 162:

> Il n'y a pas de doute, d'après la preuve et d'après des considérations économiques ordinaires qui sont si évidentes que la Cour peut en prendre connaissance d'office, que la compagnie tentera, si possible, d'incorporer dans ses dépenses d'exploitation ce que lui coûtent ses catalogues et la taxe afférente à leur distribution gratuite; elle tentera donc de reporter cette dépense sur ses clients. Toutefois, les considérations économiques ne sont pas le critère infaillible de l'incidence légale. Bien que les distinctions entre taxes directes et indirectes soient fondées presque depuis le début du fédéralisme canadien sur l'ouvrage de Mill, *Political Economy*, elles ont nécessairement été placées dans un contexte juridique et appliquées en tant que définition juridique et non économique. Il y a un passage de l'arrêt *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575, à la p. 583, qui est pertinent en l'instance, même s'il vise un type différent de taxe. Le voici:
>
> > [TRADUCTION] ... l'impôt dont il est question ici est exigé directement de la Banque, apparemment dans le but raisonnable d'obtenir, de ceux qui font des profits sur leurs affaires dans la province, un revenu pour des objets provinciaux. Ce n'est pas un impôt sur une denrée dont la Banque ferait commerce et qu'elle pourrait vendre à un prix plus élevée à ses clients. Ce n'est pas un impôt sur ses profits, ni sur ses transactions. Il s'agit d'une somme globale, fixée en fonction de son capital versé et de ses places d'affaires. Il est possible que, par suite des complexités de transactions financières, la Banque trouve un moyen de se faire rembourser par ses clients québécois. Mais elle y parviendrait par un moyen obscur et détourné et le montant repris ne pourrait pas être en relation directe avec l'impôt payé. Si la Banque y parvenait, le résultat frustrerait probablement l'intention et le but du gouvernement du Québec. Pour ces motifs, leurs Seigneuries sont d'avis que cet impôt est un impôt direct qui tombe dans la catégorie n° 2 de l'article 92 de l'Acte fédératif.

L'argument fondé sur «la tendance à reporter» qui se trouve, par exemple, dans l'affaire *Caledonian Collieries* n'établit pas un principe applicable hors du contexte où il a servi dans cette affaire. Puisqu'en l'instance, la taxe imposée en raison de la distribution gratuite de catalogues ne dépend aucunement de ce qu'il advient des

the catalogues, whether they are used or discarded, and is unrelated to any purchases made from the catalogues, it is manifest to me that the tax is so diffused in its impact that it cannot be said that there is any clearly traceable way in which the tax can be passed on.

Moreover, to borrow a phrase from the reasons of Rand J. in *C.P.R. v. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 S.C.R. 231, at p. 251, the tax in the present case is not "related or relatable" to any unit of a commodity or its price; indeed, no commodity is involved.

In my opinion the tax imposed by s. 10(1)(a) is demanded from the very person who it is intended should pay it. It was not imposed in the expectation or with the intention that it should be passed on to another. It is a direct tax which the Legislature of Newfoundland had the power to impose.

The appellants contended that the tax imposed by s. 10(1)(a) even if valid, did not apply to them. In substance, their contention was that, in the light of the circumstances under which their royalties were paid and received, a tax upon those royalties would not be a taxation within the province.

No material was filed in the Court of Appeal or in this Court in support of the appellants' contention. As I have already noted, the factual basis for this submission appears only in the appellants' factum and the Court has been asked to rule on the question as to whether, if those facts could be established, the appellants would be liable to tax.

I do not regard this procedure to be proper on an appeal in a constitutional reference and any attempt in the future to follow a similar course should be discouraged. However, the issue was argued before us by counsel on both sides and, in view of the conclusion I have reached, I am prepared to consider it.

I have already referred to the fact that Nalco was incorporated by a special Act of the Legislature of Newfoundland. Javelin is a federally incorporated company. Its head office is presently in Montreal. It is registered to do business in Newfoundland and, up to and including the year 1980, it filed annual returns with the Registrar of Com-

catalogues, qu'ils servent ou aillent aux rebuts, et qu'elle n'est fonction d'aucun achat fait par catalogue, il me paraît clair que les répercussions de la taxe sont à ce point diffuses qu'il n'y a pas moyen de discerner la façon dont la taxe serait reportée.

De plus, j'emprunterai l'expression tirée des motifs du juge Rand dans l'arrêt *C.P.R. c. Le procureur général de la Saskatchewan*, [1952] 2 R.C.S. 231, à la p. 251 en disant que la taxe en l'instance n'est «ni reliée ni reliable» à une marchandise en particulier ou à son prix; en effet, il n'y a pas de marchandise en cause.

A mon avis, la taxe qu'impose l'al. 10(1)a) frappe la personne même à qui on veut la faire payer. On ne l'a pas imposée dans l'intention ou dans l'attente qu'elle soit reportée sur une autre personne. Il s'agit d'une taxe directe que la législature de Terre-Neuve a le pouvoir d'imposer.

Les appelantes font valoir que, même à supposer sa validité, la taxe qu'impose l'al. 10(1)a) ne s'applique pas à elles. Elles prétendent en substance que, vu les circonstances du paiement et de la réception des redevances, une taxe sur celles-ci ne constituerait pas une taxation dans les limites de la province.

Ni en Cour d'appel ni en cette Cour, on n'a produit de document à l'appui de l'allégation des appelantes. Comme je l'ai déjà fait remarquer, les faits sur lesquels cette allégation se fonde se dégagent uniquement du mémoire des appelantes et on a demandé à la Cour de décider si, à supposer qu'il soit possible de prouver ces faits, les appelantes seraient assujetties à la taxe.

J'estime que cette procédure est irrégulière dans un renvoi constitutionnel et il y a lieu de décourager toute tentative future de suivre une pareille procédure. Toutefois, comme les avocats des deux parties ont plaidé et vu la conclusion que j'ai tirée, je suis disposé à en faire un examen.

Comme je l'ai déjà dit, Nalco a été constituée en société par une loi spéciale de la législature de Terre-Neuve. Javelin pour sa part est une société constituée en vertu des lois fédérales. Son siège social se trouve présentement à Montréal. Enregistrée pour faire affaires à Terre-Neuve, jusqu'en 1980, elle produisait ses déclarations annuelles

panies there, describing its business as "exploration and development of mineral properties".

Wabush Iron Company Limited was incorporated under the laws of the State of Ohio and is registered to do business in Newfoundland as a foreign company. Pickands Mather & Co. is a partnership registered under the laws of the State of Ohio and is registered to do business in Newfoundland. They are the managing operators of the joint venture hereinafter mentioned. Steel Company of Canada is federally incorporated and is registered to do business in Newfoundland.

By lease dated May 26, 1958, the Government of Newfoundland leased to Nalco an area known as the Wabush Deposit. On the same day, Nalco, by way of sub-lease, leased the same deposit to Javelin.

*The Nalco-Javelin (Mineral Lands) Act*, 1957 (Nfld.), c. 84, was enacted by the Legislature of Newfoundland. It authorized the Lieutenant Governor in Council to enter into agreements with all of the parties above named. Section 3 provided that such agreements must be substantially similar to the terms of the "statutory agreement" which appeared as a schedule to the Act. Leases were then made between Javelin, as lessor, and Pickands Mather and the Steel Company of Canada, as lessees, covering the westerly portion of the Wabush Deposit, and between Javelin, as lessor, and Wabush Iron Company Limited, as lessee, in respect of the easterly portion of that deposit.

*The Nalco-Javelin (Mineral Lands) Act, 1960*, 1960 (Nfld.), c. 41, provided for what is called a "Statutory Supplementary Agreement". This agreement, which forms part of the legislation, consolidated and amended the two leases made pursuant to the original Act. This agreement, dated September 2, 1959, is the one which is concerned in the appellants' submission regarding tax liability.

auprès du Directeur de l'enregistrement des sociétés de cette province; elle y déclare que son entreprise consistait en [TRADUCTION] «l'exploration et la mise en valeur de terres riches en minéraux».

Wabush Iron Company Limited a été constituée sous le régime des lois de l'Etat de l'Ohio et est enregistrée pour faire affaires à Terre-Neuve en tant que société étrangère. Pickands Mather & Co. est une société en nom collectif enregistrée sous le régime des lois de l'Etat de l'Ohio pour faire affaires à Terre-Neuve. C'est elle qui est chargée de la direction de l'entreprise en coparticipation mentionnée ci-après. Steel Company of Canada, qui a été constituée en vertu des lois fédérales, est enregistrée pour faire affaires à Terre-Neuve.

Par un bail daté du 26 mai 1958, le gouvernement de Terre-Neuve a loué à Nalco une région connue sous le nom de dépôt Wabush. Le jour même, Nalco a sous-loué ce dépôt à Javelin.

La législature de Terre-Neuve a adopté *The Nalco-Javelin (Mineral Lands) Act*, 1957 (Nfld.), chap. 84. Cette loi habilite le lieutenant-gouverneur en conseil à conclure des ententes avec toutes les parties susmentionnées. Aux termes de son art. 3, les dispositions de ces ententes doivent être sensiblement les mêmes que celles de [TRADUCTION] «[l']entente légale» jointe en annexe à la Loi. Javelin a alors consenti, en tant que bailleur, des baux d'une part à Pickands Mather et à Steel Company of Canada, en tant que preneuses, relativement à la partie ouest du dépôt Wabush et d'autre part à Wabush Iron Company Limited, en tant que preneuse, relativement à la partie est de ce dépôt.

*The Nalco-Javelin (Mineral Lands) Act, 1960*, 1960 (Nfld.), chap. 41, prévoit ce qu'on appelle une [TRADUCTION] «entente légale supplémentaire». Cette entente, qui fait partie de la Loi, combine et modifie les deux baux consentis conformément à la première loi. Datée du 2 septembre 1959, cette entente est celle dont il est question dans l'argument des appelantes relatif à l'assujettissement à la taxe.

The granting clause demised to the lessee the described land, together with the exclusive right to explore, investigate, develop, produce, extract, remove by open pit method or other method of mining, smelt, reduce and otherwise process, make merchantable, store, sell and ship all iron ore products. An annual rental was fixed at $360 subject to certain deductions. The term was up to and including May 20, 2055.

Par une clause à cet effet, la preneuse s'est vu céder à bail les terres décrites ainsi que le droit exclusif d'y faire de l'exploration et de la prospection et de mettre en valeur, de produire, d'extraire, d'enlever par l'exploitation de mines à ciel ouvert ou par tout autre mode d'exploitation minière, de fondre, de réduire et de toute autre manière traiter, mettre en état d'être vendus, emmagasiner, vendre et expédier les produits, quels qu'ils soient, tirés du minerai de fer. Le loyer annuel était fixé à $360, sous réserve de certaines déductions. Le bail expire le 20 mai 2055.

A. AND the Lessee hereby covenants with the Lessor as follows:

1. That the Lessee will, during the term of this Indenture, pay to the Lessor on or before the 25th day of January, April, July and October (hereinafter called "Quarterly Payment Dates") in each and every year or if such day falls on a Sunday or a holiday then on the next ensuing day, as royalty for each Gross Ton of Iron Ore Products shipped from the Demised Premises during the calendar quarter immediately preceding the first day of the month in which payment is to be made as aforesaid, an amount equal to seven per cent (7%) of the Seven Islands Price thereof, or the sum of seventy-five cents (75 c.), Canadian Funds, whichever shall be greater (the royalty so paid or payable being hereinafter called "Earned Royalties");

[TRADUCTION] A. ET le preneur s'engage par les présentes envers le bailleur:

1. Pendant la durée du présent bail, à payer au bailleur, au plus tard le 25e jour des mois de janvier, d'avril, de juillet et d'octobre («dates des paiements trimestriels») de chaque année ou, s'il s'agit d'un dimanche ou d'un jour férié, le lendemain, à titre de redevance pour chaque tonne forte de produits tirés du minerai de fer provenant des terres données à bail qui est expédiée au cours du trimestre qui précède immédiatement le premier jour du mois où le paiement doit être fait, un montant égal au plus élevé de sept pour cent (7 %) du prix de Sept-Îles de ces produits ou de soixante-quinze cents (75¢) en devises canadiennes (les redevances ainsi payées ou payables sont appelées ci-après des «redevances gagnées»);

In addition, there was provision for a minimum royalty, calculated on a different basis, payable whether or not the lessee conducted operations on the demised premises.

Le bail prévoit en outre une redevance minimale calculée différemment et payable que le preneur se soit ou non livré à des opérations sur les terres données à bail.

The "Seven Islands Price" was defined as a price determined by a method of computation which was provided in the lease.

Selon la définition donnée du «prix de Sept-Îles», celui-ci s'établit suivant une méthode de calcul prévue dans le bail.

The place of payment of royalties was not stipulated.

Le bail ne précise pas le lieu de paiement des redevances.

The contention of the appellants is that the s. 10(1)(a) tax cannot apply to them because of the fact that the iron ore produced from the leased lands is shipped out of Newfoundland, ultimately to Seven Islands, in Quebec, for processing, that this product is then delivered to a carrier for shipment to the consumer, that the amount of the royalty is only determined at that time, and that

Les appelantes font valoir que la taxe prévue par l'al. 10(1)a) ne peut s'appliquer à elles parce que le minerai de fer tiré des terres données à bail est expédié à l'extérieur de Terre-Neuve vers Sept-Îles (Québec) où il est traité en définitive, parce que le produit qui en résulte est alors livré à un transporteur en vue de son expédition au consommateur, parce que ce n'est qu'à ce moment-là qu'on établit

Javelin receives payment of its royalties at its head office in Montreal.

In my opinion, these facts are irrelevant to the obligation of Javelin to pay the tax. The tax is not imposed upon operations outside Newfoundland. This is a tax imposed upon a person who has obtained the right to engage in mining operations for the production of a mineral resource in Newfoundland and who has granted the right to engage in such operations to someone else in return for payments made by the recipient of the grant. Javelin obtained its right to conduct mining operations on certain lands in Newfoundland from Nalco on the very day that Nalco had itself obtained such rights from the Crown. Javelin granted the right to conduct such mining operations to its lessee. The lessee agreed to pay a royalty "for each Gross Ton of Iron Ore shipped from the Demised Premises". The royalty accrued from the date of actual shipment. Shipment was deemed to occur when the ore was delivered to a carrier at the Demised Premises or from stockpile grounds or from the plant or plants, as the case may be, for shipment to the consumer thereof.

Whether or not, in fact, the royalties payable to Javelin accrue here in consequence of some event outside Newfoundland and wherever Javelin elected to receive payments of its royalties cannot affect the application of the tax to those royalties. The tax arises when Javelin receives payment for its grant to its lessee of the right to engage in mining operations on Javelin's land in Newfoundland. The essence of the tax is that it is imposed in respect of income derived from a grant of the right to mine a Newfoundland reserve from the taxpayer's land in Newfoundland.

The case of *Alworth v. Minister of Finance*, [1978] 1 S.C.R. 447, is of some assistance here. It involved a tax imposed by a British Columbia statute on income "derived from logging operations in British Columbia". Payment was resisted

le montant de la redevance et parce que Javelin reçoit le paiement de ses redevances à son siège social situé à Montréal.

A mon avis, ces faits n'ont rien à voir avec l'assujettissement de Javelin à la taxe. Celle-ci ne frappe pas des opérations qui ont lieu à l'extérieur de Terre-Neuve. Il s'agit en fait d'une taxe imposée à une personne qui a obtenu le droit de se livrer à des opérations minières en vue de la production d'une ressource minérale à Terre-Neuve et qui a cédé ce droit à une autre personne moyennant rétribution par celle-ci. Javelin a obtenu de Nalco le droit de se livrer à des opérations minières sur des terres situées à Terre-Neuve le jour même où cette dernière avait elle-même acquis ce droit de Sa Majesté. Au moyen d'un bail, Javelin a cédé à la preneuse le droit de se livrer à ces opérations minières. Celle-ci a convenu de payer une redevance [TRADUCTION] «pour chaque tonne forte de minerai de fer expédiée et provenant des terres données à bail». La redevance était exigible à partir de la date réelle d'expédition. L'expédition était réputée avoir eu lieu au moment de la livraison du minerai à un transporteur en vue de son expédition au consommateur; et cette livraison pouvait s'effectuer sur les terres données à bail, à l'endroit où se trouvaient les stocks de réserve ou aux usines, selon le cas.

En fait, que les redevances payables à Javelin le soient ou non en l'espèce par suite d'un événement qui a lieu à l'extérieur de Terre-Neuve et quel que soit le lieu où Javelin a choisi de recevoir le paiement de ses redevances, cela ne peut avoir d'incidence sur l'application de la taxe à leur égard. La taxe s'applique chaque fois que Javelin reçoit un paiement de sa preneuse pour le droit qu'elle lui a cédé de se livrer à des opérations minières sur ses terres situées à Terre-Neuve. Il s'agit en essence d'un impôt sur un revenu tiré de la cession du droit d'exploiter une mine sur une réserve terre-neuvienne située sur les terres du contribuable à Terre-Neuve.

L'arrêt *Alworth c. Ministre des Finances*, [1978] 1 R.C.S. 447, est relativement utile en l'espèce. Il s'agissait dans cette affaire-là d'un impôt qu'une loi de la Colombie-Britannique avait institué sur les revenus «tir[és] d'opérations fores-

by the appellants on the ground that they were not in the province in any of the respective taxation years and that, in consequence, a tax upon them was not taxation in the province. Their appeal was dismissed. Chief Justice Laskin, delivering the judgment of the Court, said at p. 452:

Essentially, what is involved in the present case is an appreciation of the incidence of the tax, based, as that appreciation must be, on the subject-matter of the statute and the source of the income in respect of which the tax is levied. I regard it as too mechanical to find that an *in personam* tax is imposed here merely because the charging section stipulated that a "taxpayer" must pay it. The obligation to pay, a common one in tax legislation, does not necessarily determine the incidence of the tax. The definition of taxpayer is not limited to persons who reside in the Province but points rather to a class of persons identified with the operations in respect of which tax is imposed, regardless of their place of residence. It is the income derived from those operations, which themselves are limited to the Province, that, in my view, carries the burden of the tax. Whether the tax be characterized as an income tax or a tax respecting certain economic activity in the Province the result is the same, namely, that it is taxation within the Province. It would be to substitute form for substance and, indeed, empty the charging section of substance (by inviting easy evasion) to hold that a personal tax is imposed by the Act.

The position of the appellants in the present case is much weaker than that of the appellants in the *Alworth* case. Nalco is a Newfoundland company. Javelin has residence in Newfoundland by being registered to do business there. By virtue of its sub-lease from Nalco it has acquired mining rights in lands in Newfoundland granted to Nalco by the Crown.

In my opinion, the tax created by s. 10(1)(a) applies to the appellants.

The appellants suggested that the legislation in issue was invalid because it trespassed on federal legislative powers under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*, "The Regulation of Trade and Commerce".

tières en Colombie-Britannique». Les appelants ont refusé de payer l'impôt pour le motif qu'ils ne se trouvaient pas dans la province pendant les années d'imposition en cause et que, par conséquent, appliqué à eux, cet impôt ne constituait pas une taxation dans les limites de la province. Leur appel a été rejeté. Le juge en chef Laskin, qui a prononcé l'arrêt de la Cour, dit à la p. 452:

Ce qui est essentiellement en jeu dans la présente affaire, c'est une appréciation de la portée de l'impôt, fondée, comme l'appréciation doit l'être, sur l'objet de la Loi et la source des revenus sur lesquels est prélevé l'impôt. Il me semble trop formaliste de conclure qu'il s'agit ici d'un impôt personnel du seul fait que l'article qui le prévoit dispose qu'un «contribuable» doit le payer. L'obligation de payer, courante en législation fiscale, ne détermine pas nécessairement la portée de l'impôt. La définition du contribuable n'est pas limitée aux personnes qui résident dans la province mais désigne plutôt une catégorie de personnes associées aux opérations frappées par l'impôt, indépendamment de leur lieu de résidence. Ce sont les revenus tirés de ces opérations, elles-mêmes limitées à la province, qui, à mon avis, emportent le fardeau fiscal. Que l'impôt soit qualifié comme impôt sur le revenu ou comme impôt relatif à certaines activités économiques, le résultat est le même: il s'agit de taxation dans les limites de la province. Ce serait substituer la forme au fond et, en vérité, vider la disposition fiscale de toute substance (en encourageant et en facilitant l'évasion) que de soutenir que l'impôt prévu par la Loi est personnel.

La situation des appelantes en l'espèce est beaucoup plus faible que celle des appelants dans l'affaire *Alworth*. Nalco est une société terre-neuvienne. Javelin, du fait qu'elle est enregistrée pour faire affaires à Terre-Neuve, a sa résidence dans cette province. En vertu du sous-bail que lui a consenti Nalco, elle a acquis le droit d'exploiter des mines sur des terres situées à Terre-Neuve, droit que Sa Majesté avait cédé à Nalco.

A mon avis, la taxe que crée l'al. 10(1)a) s'applique aux appelantes.

Les appelantes ont prétendu que la loi en cause est invalide parce qu'elle empiète sur les pouvoirs législatifs en matière de «réglementation des échanges et du commerce» que le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au gouvernement fédéral.

There is no substance in this submission. The Act under consideration is a tax upon income. There is no suggestion that it is aimed at the regulation of interprovincial or international trade. The mere fact that Javelin's lessees remove the iron ore to another province for processing and sale does not convert the Act which imposes a tax on Javelin into legislation for the regulation of trade and commerce. (See *Carnation Co. Ltd. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] S.C.R. 238).

Cette allégation est sans fondement. La Loi en cause crée un impôt sur le revenu. Rien n'indique qu'elle vise à réglementer le commerce interprovincial ou international. Le simple fait que les preneuses des baux consentis par Javelin transportent le minerai de fer dans une autre province pour le traiter et le vendre, ne transforme pas la Loi qui impose une taxe à Javelin en une loi visant à réglementer les échanges et le commerce. (Voir: *Carnation Co. Ltd. c. Régie des marchés agricoles du Québec*, [1968] R.C.S. 238).

The final point for consideration is the appellants' contention that the s. 10(1)(a) tax cannot be imposed upon them because of the provisions of agreements made by the Crown granting them certain tax exemptions.

Passons en dernier lieu à la prétention des appelantes qu'en raison des dispositions des ententes conclues avec Sa Majesté leur accordant certaines exemptions d'impôt, on ne saurait leur imposer la taxe prévue par l'al. 10(1)a).

The appellants place reliance upon the provisions of s. 8K(2) of *The Newfoundland and Labrador Corporation Limited (Amendment) Act*, 1959 (Nfld.), c. 34, which replaced the same numbered provision in *The Newfoundland and Labrador Corporation Limited Act, 1951*, 1951 (Nfld.), c. 88. This subsection provided for the payment by the Corporation, or such person, firm or company actually carrying on mining operations of 22 cents per gross ton of iron ore mined and shipped from the demised premises, subject to variation as provided, and went on to say:

Les appelantes se fondent sur les dispositions du par. 8K(2) de *The Newfoundland and Labrador Corporation Limited (Amendment) Act*, 1959 (Nfld.), chap. 34, qui remplace la disposition portant le même numéro dans *The Newfoundland and Labrador Corporation Limited Act, 1951*, 1951 (Nfld), chap. 88. Ce paragraphe prévoit, sous réserve de variations prévues, le paiement par la Société ou par toute autre personne, firme ou compagnie qui se livre effectivement à des opérations minières d'un montant de 22 cents la tonne forte de minerai de fer extrait des terres données à bail qui est expédiée, et ajoute:

and such payment shall be in lieu of any and all taxes that would otherwise be payable by the Corporation or any lessee, sublessee, assignee or transferee of such premises under The Mining Tax Act, chapter 43 of The Revised Statutes of Newfoundland, 1952, as amended from time to time, or under any Act standing in the place of The Mining Tax Act as so amended, and any taxes for which the taxes now imposed by The Mining Tax Act are declared by that Act to be substituted, and any taxes imposed either generally or specifically upon mines or minerals or specifically upon persons carrying on the business of mining, in respect of operations under the said mining leases or in respect of iron ore mines or iron ore products made, produced, won, gotten, raised or removed under the provisions of the said mining leases.

[TRADUCTION] et ce paiement tient lieu de toutes les taxes que la Société ou tout preneur à bail, tout sous-preneur ou tout cessionnaire de ces terres aurait sans cela à payer en vertu de *The Mining Tax Act*, Revised Statutes of Newfoundland 1952, chap. 43, et modifications, ou en vertu de toute loi qui remplace *The Mining Tax Act*, modifiée; il tient également lieu de toutes les taxes auxquelles les taxes présentement imposées par *The Mining Tax Act* viennent, aux termes de cette loi, se substituer, et de toutes les taxes qui frappent, de façon générale ou particulière, les mines ou les minéraux ou qui frappent particulièrement les personnes dont l'entreprise consiste à exploiter des mines, relativement aux opérations effectuées sous le régime desdits baux miniers ou relativement aux mines de minerai de fer ou aux produits tirés du minerai de fer fabriqués, produits, acquis, obtenus, extraits ou enlevés en vertu des dispositions desdits baux miniers.

The appellants contend that the list of taxes referred to in this passage would include the type of tax imposed by s. 10(1)(a). The respondent argues that the tax imposed by that subsection is not a tax of the kind defined in s. 8K(2).

I do not find it necessary to make a decision on that point because s. 12(a) of *The Mining and Mineral Rights Tax Act, 1975*, provides that:

> **12.** Nothing in any Act of the province, or in any grant, deed, licence, contract, agreement or other document (whether or not such grant, deed, licence, contract, agreement or other document has received ratification by the Legislature), passed, given, made or entered into prior to the coming into operation of this Act, shall be construed so as
>
> (a) to defeat the liability of a taxpayer to pay the tax required to be paid by Section 10 of this Part;

The effect of this provision is that the tax imposed by s. 10(1)(a) has to be paid by the taxpayer notwithstanding the provisions of any agreement previously made, or any statute previously enacted. Within the limits of its constitutional legislative jurisdiction, the provincial legislature is sovereign. It is not precluded from legislating in its own field by any earlier agreement or statute. It could therefore provide that the tax which it imposed should be payable by the taxpayer in any event. In my opinion this submission of the appellants fails.

For these reasons, as well as for the reasons stated by Mifflin C.J. in the Court of Appeal, I would dismiss this appeal. The respondent should be entitled to costs in this Court as against the appellants. There should be no costs payable by or to any of the inverveners.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Halley & Hunt, St. John's, Newfoundland.*

*Solicitors for the respondent: James J. Greene and Joseph S. Hutchings, St. John's, Newfoundland.*

Les appelantes allèguent que les taxes énumérées dans ce passage comprennent le type de taxe qu'impose l'al. 10(1)a). L'intimé pour sa part fait valoir qu'il ne s'agit pas à l'al. 10(1)a) d'une taxe au sens du par. 8K(2).

J'estime qu'il n'est pas nécessaire de décider ce point parce que l'al. 12a) de *The Mining and Mineral Rights Tax Act, 1975*, prévoit:

> **12.** Aucune disposition d'une loi de la province adoptée avant l'entrée en vigueur de la présente loi ni aucune disposition d'un acte de cession, d'un acte scellé, d'une licence, d'un contrat, d'une entente ou d'un autre document antérieur à l'entrée en vigueur de la présente loi (peu importe que l'acte de cession, l'acte scellé, la licence, le contrat, l'entente ou l'autre document ait ou non été ratifié par la législature), ne doit être interprétée de manière
>
> a) à exempter un contribuable de la taxe imposée par l'article 10 de la présente Partie;

En raison de cette disposition, la taxe qu'impose l'al. 10(1)a) doit être payée par le contribuable nonobstant les dispositions de toute entente ou de toute loi antérieures. Dans les limites de la compétence législative que lui confère la Constitution, la législature de la province est souveraine. Aucune entente ni aucune loi antérieures ne l'empêchent de légiférer dans sa propre sphère de compétence. Elle pouvait donc exiger que la taxe qu'elle imposait soit payable par le contribuable quoi qu'il arrive. A mon avis, l'argument des appelantes ne peut être retenu.

Pour ces motifs, de même que pour les motifs exposés par le juge en chef Mifflin en Cour d'appel, je suis d'avis de rejeter ce pourvoi. L'intimé a droit à ses dépens en cette Cour contre les appelantes. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens pour ou contre les intervenants.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelantes: Halley & Hunt, St-Jean, Terre-Neuve.*

*Procureurs de l'intimé: James J. Greene et Joseph S. Hutchings, St-Jean, Terre-Neuve.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*;

and

**Robert Douglas Gee** *Respondent.*

File No.: 16447.

1982: February 8; 1982: August 9.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT FOR APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Murder — Defences — Justification — Whether or not "qualified" defence of use of excessive force in preventing commission of indictable offence a recognized defence — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 27, 34.*

*Criminal law — Charge to jury — Whether or not errors made in charge warranting retrial.*

Respondent was charged with second degree murder. The defence maintained that the victim had assaulted one of respondent's associates and that respondent and his co-accused killed the victim while trying to prevent that offence. The question arose in respect of s. 27 of the *Criminal Code* as to whether there exists in Canada a "qualified" defence of use of excessive force in preventing the commission of an offence which would have the effect of reducing what would otherwise be murder to manslaughter.

*Held* (Martland, Ritchie and Estey JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Dickson, Beetz, Chouinard and Lamer JJ.: In Canada there is no "qualified" defence of use of excessive force in the prevention of the commission of an offence which would have the effect of reducing what would otherwise be murder to manslaughter. The effect of s. 27 is to justify the accused in committing what would otherwise be an unlawful act. If in the opinion of the jury the force used in preventing the commission of an offence was reasonable in all the circumstances, the accused is entitled to an acquittal. If the s. 27 defence fails, the jury should render the verdict which would have been rendered, absent s. 27. That will be murder if the accused had the required intent. The proper verdict may be manslaughter not because of a partial justification under s. 27 but because the special mental element required for guilt of murder has not been proven. The

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*;

et

**Robert Douglas Gee** *Intimé.*

N° du greffe: 16447.

1982: 8 février; 1982: 9 août.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

*Droit criminel — Meurtre — Moyens de défense — Justification — La défense «restreinte» d'emploi de force excessive pour empêcher la perpétration d'un acte criminel est-elle un moyen de défense reconnu? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 27, 34.*

*Droit criminel — Exposé du juge au jury — Les erreurs que comporte l'exposé du juge justifient-elles un nouveau procès?*

L'intimé a été accusé de meurtre au deuxième degré. Il a soutenu en défense que la victime s'était portée à des voies de fait à l'endroit d'un de ses amis et que lui-même et sa coaccusée ont tué la victime en essayant d'empêcher la perpétration de cette infraction. La question qui se pose en regard de l'art. 27 du *Code criminel* est de savoir s'il existe au Canada une défense «restreinte» d'emploi de force excessive pour empêcher la perpétration d'une infraction, qui aurait pour effet de réduire à un homicide involontaire coupable ce qui serait autrement un meurtre.

*Arrêt* (les juges Martland, Ritchie et Estey sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*Les* juges Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer: Il n'existe pas au Canada de défense «restreinte» d'emploi de force excessive pour empêcher la perpétration d'un crime, qui aurait pour effet de réduire à un homicide involontaire coupable ce qui serait autrement un meurtre. L'article 27 a pour effet de justifier l'accusé qui commet ce qui serait autrement un acte illégal. Si le jury est d'avis que la force employée pour empêcher la perpétration d'un crime est raisonnable compte tenu de toutes les circonstances, l'accusé a le droit d'être acquitté. Sinon, la défense de l'art. 27 échoue et le jury doit prononcer le verdict qu'il aurait prononcé, n'eût été l'art. 27. Il peut s'agir d'un verdict de meurtre si l'accusé a l'intention requise. Il peut s'agir d'un verdict d'homicide involontaire coupable, non à cause d'une justification partielle en vertu de l'art. 27 mais parce que

half-way house is not to be found in s. 27 but, if at all, in s. 212.

The trial judge's charge to the jury was in error. Firstly, the judge erred by charging the jury on self-defence under s. 34 when there was no evidence from which a jury could reasonably infer that the accused assisted in killing the victim under a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm. The judge charged the jury that if the accused used more force than was reasonably necessary for self-defence, they must find the accused not guilty of murder but guilty of manslaughter. In devoting so much attention to self-defence the judge failed to direct attention to the only possible ground of justification, namely s. 27 and the use of force to prevent the commission of an offence.

Secondly, the charge on s. 27 was inadequate. The judge failed to make clear that if justification under s. 27 did not succeed, the verdict would be murder or manslaughter depending upon the presence or absence of intent. There was evidence which put the question of intent and the possibility of a manslaughter verdict in issue.

The jury were confused as to the distinction between murder and manslaughter, twice asking for redirection. Only in the second redirection did the judge state that "the difference between murder and manslaughter is one of intent". It is not clear that at this point in the deliberations this statement was sufficient to overcome the confusion caused by the other deficiencies in the charge.

*Per* Laskin C.J. and McIntyre J.: The potential for confusion in the charge to the jury warranted an order for a new trial. The trial judge erred in charging the jury on s. 34 of the *Code* for the facts did not support the defence of self-defence. The charge did not adequately deal with the s. 27 defence and did not leave it clearly open to the jury that the verdict of manslaughter could be returned in the absence of an intent to kill, despite the use of excessive force.

*Per* Martland, Ritchie and Estey JJ., *dissenting*: There is no "qualified" defence of the use of excessive force in the prevention of an offence having the effect of reducing what would otherwise be murder to manslaughter. The trial judge's charge to the jury was in error in charging the jury on self-defence under s. 34 when there was no evidence from which a jury could reasonably infer that the accused assisted in killing the victim under a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm. The judge charged the jury that if the accused used more force than was reasonably necessary for self-defence, they must find the accused not guilty of murder but guilty of manslaughter. In devoting so much attention to self-defence the judge failed to direct attention to the only possible ground of justification, namely s. 27 and the use of force to prevent the commission of an offence.

l'élément mental particulier qu'exige la culpabilité de meurtre n'a pas été prouvé. On ne peut trouver la solution intermédiaire dans l'art. 27 mais, si elle existe, elle se trouve dans l'art. 212.

L'exposé du juge du procès au jury est entaché d'erreur. Premièrement, le juge a commis une erreur en exposant au jury la légitime défense en vertu de l'art. 34 alors qu'il n'y avait aucune preuve dont un jury pouvait raisonnablement déduire que l'accusé a aidé à tuer la victime parce qu'il appréhendait raisonnablement la mort ou des lésions corporelles graves. Le juge a exposé au jury que si l'accusé a employé une force plus grande qu'il n'était raisonnablement nécessaire pour se défendre, le jury devait déclarer l'accusé non coupable de meurtre mais coupable d'homicide involontaire coupable. En accordant tant d'attention à la légitime défense, le juge a omis d'expliquer le seul motif possible de justification, soit l'art. 27 et l'emploi de la force pour empêcher la perpétration d'une infraction.

Deuxièmement, l'exposé relativement à l'art. 27 était inadéquat. Le juge a omis de mentionner clairement que si la justification en vertu de l'art. 27 ne réussit pas, on doit prononcer un verdict de meurtre ou d'homicide involontaire coupable selon que l'intention est présente ou absente. La preuve soulevait la question de l'intention et la possibilité d'un verdict d'homicide involontaire coupable.

Le jury était perplexe quant à la distinction entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable et il a demandé à deux reprises des directives supplémentaires. Ce n'est qu'au deuxième exposé supplémentaire que le juge a déclaré que «la différence entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable résulte de l'intention». Il n'est pas certain qu'à ce stade des délibérations, cette explication était suffisante pour dissiper la confusion qu'ont causée les autres omissions de l'exposé.

*Le* juge en chef Laskin et le juge McIntyre: La possibilité de confusion dans l'exposé du juge au jury justifie l'ordonnance de nouveau procès. Le juge du procès a commis une erreur en donnant au jury des directives sur l'art. 34 du *Code* puisque les faits ne permettent pas d'invoquer la légitime défense. L'exposé sur le moyen de défense prévu à l'art. 27 était inadéquat et n'indiquait pas clairement au jury qu'il pouvait rendre un verdict d'homicide involontaire coupable en l'absence d'une intention de tuer, même s'il y a eu l'emploi d'une force excessive.

*Les* juges Martland, Ritchie et Estey, *dissidents*: Il n'existe pas de défense «restreinte» d'emploi de force excessive pour empêcher une infraction, et qui aurait pour effet de réduire à un homicide involontaire coupa-

slaughter. The charge to the jury contained no errors sufficient to warrant the granting of a new trial. The respondent could not properly complain of placing the issue of self-defence before the jury for it was not prejudicial to him. The trial judge properly dealt with the application of s. 27 for the factual background of the case did not require the jury to be charged with respect to s. 27(*b*). The charge adequately explained the difference between murder and manslaughter.

[*R. v. McKay*, [1957] V.R. 560; *Brisson v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 227, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1980), 55 C.C.C. (2d) 525, 19 C.R. (3d) 222, 26 A.R. 212, allowing respondent's appeal from his conviction for murder and ordering a new trial. Appeal dismissed, Martland, Ritchie and Estey JJ. dissenting.

*B. R. Fraser*, for the appellant.

*Noel O'Brien*, for the respondent.

The reasons of Laskin C.J. and McIntyre J. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This is a Crown appeal by leave against a unanimous judgment of the Alberta Court of Appeal, setting aside but for different reasons in that Court, a conviction of murder. The grounds of appeal advanced by the Crown are set out in the reasons herein delivered by Dickson J. and I need not repeat them but to say only that they relate to errors of the trial judge in directing the jury that excessive force in preventing the commission of a crime against another will reduce a charge of murder against an accused to manslaughter and that honest but mistaken belief that no more force is being used than is necessary will likewise reduce murder to manslaughter. Although there were other issues raised by the Crown respecting self-defence, I am in agreement with Dickson J. that there was no basis for self-defence and hence error of the trial judge in charging the jury on *Criminal Code*, s. 34 which applies only where self-defence is an issue.

ble ce qui serait autrement un meurtre. L'exposé du juge au jury ne comporte pas d'erreurs suffisantes pour justifier l'ordonnance de nouveau procès. L'intimé ne peut à bon droit se plaindre de ce que la question de la légitime défense ait été exposée au jury puisque cet exposé ne lui était pas préjudiciable. Le juge du procès a traité de façon appropriée de l'application de l'art. 27 puisque les faits n'exigeaient pas de donner au jury un exposé concernant l'al. 27*b*). L'exposé a expliqué de façon appropriée la différence entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable.

[Jurisprudence: *R. v. McKay*, [1957] V.R. 560; *Brisson c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 227.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1980), 55 C.C.C. (2d) 525, 19 C.R. (3d) 222, 26 A.R. 212, qui a accueilli l'appel de l'intimé à l'encontre de la déclaration de culpabilité de meurtre et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Martland, Ritchie et Estey sont dissidents.

*B.R. Fraser*, pour l'appelante.

*Noel O'Brien*, pour l'intimé.

Version française des motifs du juge en chef Laskin et du juge McIntyre rendus par

LE JUGE EN CHEF—Il s'agit d'un appel de la poursuite, interjeté avec autorisation, à l'encontre d'un arrêt unanime de la Cour d'appel de l'Alberta qui a infirmé, pour des motifs différents, une déclaration de culpabilité de meurtre. Les moyens d'appel qu'invoque la poursuite sont exposés dans les motifs du juge Dickson en l'espèce et je n'ai pas à les répéter, sauf pour dire qu'ils concernent les erreurs du juge du procès qui a exposé au jury que la force excessive employée pour empêcher la perpétration d'une infraction contre une autre personne réduit à une accusation d'homicide involontaire coupable une accusation de meurtre portée contre un accusé, et que la croyance honnête mais erronée que l'emploi d'une force plus grande que nécessaire réduit également le meurtre à l'homicide involontaire coupable. Bien que la poursuite ait soulevé d'autres questions concernant la légitime défense, je suis d'accord avec le juge Dickson pour dire que rien ne permettait d'invoquer la légitime défense et que le juge du procès a commis une erreur en donnant au jury des directives sur l'art. 34 du *Code criminel* qui s'applique uniquement lorsque la légitime défense est en cause.

The members of the Alberta Court of Appeal, McDermid, Moir and Prowse JJ.A., based themselves wholly on the issues noted above respecting the reduction of murder to manslaughter and on justification as it arises under *Criminal Code*, s. 27. Error of the trial judge in some of those respects was held to be sufficient to support an order for a new trial. In view of the positions taken by the respondent in the appeal here, I find it unnecessary to explore the different views upon which the members of the Court of Appeal proceeded.

It is a well-established principle of our criminal law that a respondent to an appeal here is entitled to hold a judgment in his favour on any grounds available to that respondent which were raised below and are accepted by this Court, notwithstanding that those grounds were not supported below and the appellant has based the appeal here on completely different grounds.

In the appeal to this Court, the respondent relied on the trial judge's failure to direct the jury properly on justification, an issue which apparently influenced the order of the Alberta Court of Appeal for a new trial.

More telling, however, for the accused respondent was the error of the trial judge in charging on self-defence, which was a non-issue, and in failing to deal adequately with the defence under s. 27 of the *Code*, which was the only defence open to the accused. She did not leave it clearly open to the jury that a manslaughter verdict could be returned, even where excessive force had been used, if the jury doubted the existence of an intent to kill. This omission, coupled with the misplaced emphasis on self-defence under s. 34 of the *Code*, created confusion, and I agree with Mr. Justice Dickson that, cumulatively, as a result of the errors, there was such a potential for confusion as to warrant the order for a new trial. In the result, I would dismiss the appeal.

Les membres de la Cour d'appel de l'Alberta, les juges McDermid, Moir et Prowse, se sont fondés entièrement sur les questions susmentionnées concernant la réduction du meurtre à l'homicide involontaire coupable et sur la justification qu'offre l'art. 27 du *Code criminel*. La Cour d'appel a conclu que l'erreur du juge du procès sur certains de ces points suffisait pour ordonner un nouveau procès. Etant donné la position qu'adopte l'intimé en l'espèce, j'estime superflu d'examiner les diverses opinions qu'ont exprimées les membres de la Cour d'appel.

Notre droit criminel reconnaît de façon constante qu'un intimé en cette Cour peut faire valoir un jugement rendu en sa faveur en invoquant tous les moyens dont il dispose qui ont été soulevés devant les cours d'instance inférieure et que cette Cour reconnaît, même si ces motifs n'ont pas été retenus par les cours d'instance inférieure et même si l'appelante a fondé son pourvoi devant cette Cour sur des motifs entièrement différents.

Dans le pourvoi à cette Cour, l'intimé s'est appuyé sur l'omission du juge du procès d'exposer correctement au jury la justification, une question qui semble avoir influencé l'ordonnance de nouveau procès rendue par la Cour d'appel de l'Alberta.

Ce qui est plus révélateur, cependant, pour l'intimé accusé, c'est l'erreur du juge du procès qui a expliqué la légitime défense, qui n'était pas pertinente, et dont l'exposé sur le moyen de défense prévu à l'art. 27 du *Code* était inadéquat alors que c'était le seul moyen de défense qui s'offrait à l'accusé. Elle n'a pas exposé clairement au jury qu'il pouvait prononcer un verdict d'homicide involontaire coupable, même s'il y avait eu l'emploi d'une force excessive, si le jury avait un doute sur l'existence d'une intention de tuer. Cette omission, jointe à l'importance accordée par erreur à la légitime défense prévue à l'art. 34 du *Code*, a été une source de confusion, et je souscris à l'opinion du juge Dickson que, de façon cumulative, en conséquence de ces erreurs, il y avait une possibilité de confusion suffisante pour justifier l'ordonnance de nouveau procès. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The reasons of Martland, Ritchie and Estey JJ. were delivered by

MARTLAND J. (*dissenting*)—I am in agreement with the opinion expressed by Mr. Justice Dickson that, in relation to s. 27 of the *Criminal Code*, there does not exist a "qualified" defence of the use of excessive force in the prevention of the commission of an offence which would have the effect of reducing what would otherwise be murder to manslaughter. I do not agree that, accepting that view of the law, there were errors in the charge to the jury sufficient to warrant the granting of a new trial.

It is said that there was error on the part of the trial judge in charging the jury with respect to self-defence under s. 34 of the *Code*. I agree that there was no evidence from which the jury could reasonably infer that the respondent, when he assisted in killing Powley, did so under a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm, or that he reasonably believed he could not otherwise save himself from bodily injury. However, the issue of self-defence was raised when it was suggested that the respondent acted after Powley had lunged at him with a broken bottle. The trial judge felt that the respondent was entitled to have that defence put before the jury.

The charge in relation to s. 34 was not prejudicial to the respondent and it was favourable to him in that the jury was directed that if more force was used than was reasonably necessary for the respondent to defend himself, the jury should find the accused not guilty of murder, but guilty of manslaughter. In my opinion the placing before the jury of the issue of self-defence was not something about which the respondent can properly complain and it was not an error which should result in a new trial.

The only defence upon which the respondent sought to rely which has real substance is that which is provided in s. 27 of the *Code*:

**27.** Every one is justified in using as much force as is reasonably necessary

(*a*) to prevent the commission of an offence

Version française des motifs des juges Martland, Ritchie et Estey rendus par

LE JUGE MARTLAND (*dissident*)—Je souscris à l'opinion du juge Dickson que, relativement à l'art. 27 du *Code criminel*, il n'existe pas de défense «restreinte» d'emploi de force excessive pour empêcher la perpétration d'une infraction, défense qui aurait pour effet de réduire à un homicide involontaire coupable ce qui serait autrement un meurtre. Je ne suis pas d'avis que, si on accepte cette analyse juridique, il y avait dans l'exposé du juge au jury des erreurs suffisantes pour justifier la tenue d'un nouveau procès.

On dit que le juge du procès a expliqué de façon erronée au jury la légitime défense prévue à l'art. 34 du *Code*. Je suis d'accord pour dire qu'il n'y avait pas de preuve permettant au jury de déduire raisonnablement que l'intimé, lorsqu'il a aidé à tuer Powley, a raisonnablement appréhendé la mort ou des lésions corporelles graves, ou qu'il a raisonnablement cru qu'il ne pouvait éviter autrement de subir des lésions corporelles. Cependant, la question de la légitime défense a été soulevée lorsqu'on a fait valoir que l'intimé a agi après que Powley se fut jeté sur lui avec une bouteille cassée. Le juge du procès a estimé que l'intimé avait droit à ce que cette défense soit exposée au jury.

L'exposé relatif à l'art. 34 n'était pas préjudiciable à l'intimé et il lui était favorable en ce qu'on a exposé au jury que si l'intimé a employé plus de force qu'il n'était nécessaire pour se défendre, le jury devait déclarer l'accusé non coupable de meurtre, mais coupable d'homicide involontaire coupable. A mon avis, l'exposé de la question de la légitime défense au jury n'est pas quelque chose dont l'intimé peut à bon droit se plaindre et ne constitue pas une erreur qui devrait donner lieu à un nouveau procès.

Le seul moyen de défense sur lequel l'intimé a cherché à s'appuyer et qui ait vraiment du poids est celui qu'offre l'art. 27 du *Code*:

**27.** Toute personne est fondée à employer la force raisonnablement nécessaire

*a*) pour empêcher la perpétration d'une infraction

(i) for which, if it were committed, the person who committed it might be arrested without warrant, and

(ii) that would be likely to cause immediate and serious injury to the person or property of anyone; or

(*b*) to prevent anything being done that, on reasonable and probable grounds he believes would, if it were done be an offence mentioned in paragraph (*a*).

(i) pour laquelle, si elle était commise, la personne qui la commet pourrait être arrêtée sans mandat, et

(ii) qui serait de nature à causer des blessures immédiates et graves à la personne ou des dégâts immédiats et graves aux biens de toute personne; ou

*b*) pour empêcher l'accomplissement de tout acte qui, à son avis, basé sur des motifs raisonnables et probables, constituerait une infraction mentionnée à l'alinéa *a*).

In my opinion this defence was properly placed before the jury in the charge. The trial judge said:

The second defence of justification raised by the accused is that of preventing the commission of an offence. The Criminal Code provides that "Everyone is justified in using as much force as is reasonably necessary to prevent the commission of an offence for which, if it were committed, the person who committed it might be arrested without warrant and that would be likely to cause immediate and serious injury to the person or property of anyone". The offence of assault causing bodily harm is one for which a person may be arrested without a warrant, so that you need not concern yourselves with this aspect of the defence. You must consider whether the accused acted to prevent the commission of an offence, the offence of assault causing bodily harm, and whether this offence was likely to cause immediate and serious injury to the person of Paul Racz. If you are satisfied that they did not, then, you should reject this defence. If you are satisfied or if you have a reasonable doubt that the accused acted in this manner, then, you must consider whether they used no more force than was reasonably necessary under the circumstances.

A mon avis, ce moyen de défense a été soumis au jury de façon adéquate dans l'exposé. Le juge du procès a dit:

[TRADUCTION] Le deuxième moyen de défense de justification qu'ont soulevé les accusés est celui d'avoir empêché la perpétration d'une infraction. Le *Code criminel* prévoit que «Toute personne est fondée à employer la force raisonnablement nécessaire pour empêcher la perpétration d'une infraction pour laquelle, si elle était commise, la personne qui la commet pourrait être arrêtée sans mandat et qui serait de nature à causer des blessures immédiates et graves à la personne ou des dégâts immédiats et graves aux biens de toute personne». L'infraction de voie de fait causant des lésions corporelles est une infraction pour laquelle une personne peut être arrêtée sans mandat, de sorte que vous n'avez pas à vous préoccuper de cet aspect de la défense. Vous devez vous demander si les accusés ont agi en vue d'empêcher la perpétration d'une infraction, l'infraction de voies de fait causant des lésions corporelles, et si cette infraction était de nature à causer des blessures immédiates et graves à la personne de Paul Racz. Si vous êtes convaincus que ce n'est pas le cas, alors vous devez rejeter cette défense. Si vous êtes convaincus que les accusés ont agi de cette manière ou si vous avez un doute raisonnable à cet égard, alors vous devez vous demander si les accusés ont employé plus de force qu'il n'était raisonnablement nécessaire dans les circonstances.

The evidence in the statements of the accused and in the testimony of the accused Gee indicates that when the fight broke out initially they ran. When they returned to the bedroom, they found Racz and Powley in the struggle that you have heard described and both were covered with blood. They have indicated repeatedly,—I don't think I need to review the evidence in this regard. It runs throughout the statements and through the evidence of Gee and you will have the statements with you so that you can examine them. The theme runs throughout the statements and in the evidence of the accused Gee that they were afraid that Powley was

La preuve, dans les déclarations des accusés et dans le témoignage de l'accusé Gee, indique qu'ils se sont sauvés lorsque la bagarre a commencé. Lorsqu'ils sont revenus dans la chambre, ils ont trouvé Racz et Powley en train de se battre comme on vous l'a dit, et les deux étaient couverts de sang. Ils l'ont dit à plusieurs reprises, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de passer en revue la preuve à cet égard. On le dit partout dans les déclarations et dans le témoignage de Gee, vous aurez les déclarations et vous pourrez les examiner. On dit partout dans les déclarations et dans le témoignage de l'accusé Gee qu'ils avaient peur que Powley cause des

going to cause serious harm to Racz or to kill him. Again, you should consider that they had some knowledge of Powley's background with respect to sadism. You should consider the circumstances in which they found themselves and their mental condition. Under all of these circumstances, you must consider whether they acted to prevent Powley from causing bodily harm by assaulting Racz. You must then consider whether the force that they used was reasonably necessary.

If you are satisfied that this defence has been established or if you have a reasonable doubt with respect to it, you must find the accused not guilty of murder.

The factual background of this case did not require the trial judge to charge the jury in respect of para. (*b*) of s. 27. The evidence submitted on behalf of the defence was that the respondent, and his co-accused Susan Fife, inflicted repeated blows on the deceased, Powley, in order to assist and protect their friend, Racz, with whom Powley was fighting. Their efforts, according to this evidence, were directed toward preventing the continuation of an assault by Powley, who was armed with a broken bottle.

This evidence relates to the prevention of a crime under para. (*a*). It relates to the prevention of a continuing assault on Powley. It does not relate to the prevention of an assault, which is the situation contemplated by para. (*b*).

In her recharge to the jury, the trial judge said:

Ladies and gentlemen, I have received a question from you indicating that you wish described in clear and defined in clear and concise terms culpable homicide, second degree murder and manslaughter.

With respect to culpable homicide, a person commits culpable homicide when he causes the death of a human being by means of an unlawful act. With respect to murder, culpable homicide is murder—and I think I advised you previously that you can disregard the phrase second degree, it is not of significance with respect to your deliberations. Culpable homicide is murder where the person who causes the death of a human being means to cause his death or means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death and is reckless whether death ensues or not. With respect to manslaughter, culpable homicide that is not murder is

lésions graves à Racz ou qu'il le tue. En outre vous devez considérer qu'ils avaient une idée des tendances de Powley au sadisme. Vous devez tenir compte des circonstances dans lesquelles ils se trouvaient et de leur état mental. Dans les circonstances, vous devez décider s'ils ont agi pour empêcher que Powley ne cause de lésions corporelles en attaquant à Racz. Vous devez décider si la force qu'ils ont employée était raisonnablement nécessaire.

Si vous êtes convaincus que ce moyen de défense a été prouvé ou si vous avez un doute raisonnable à cet égard, vous devez déclarer les accusés non coupables de meurtre.

Les faits dans cette affaire n'exigeaient pas que le juge du procès fasse un exposé au jury relativement à l'al. *b*) de l'art. 27. La preuve qu'a fait valoir la défense est que l'intimé et sa coaccusée Susan Fife ont asséné plusieurs coups à la victime Powley afin d'aider et de protéger leur ami Racz, qui se battait avec Powley. Suivant ces éléments de preuve, leurs efforts tendaient à empêcher que Powley, qui était armé d'une bouteille cassée, continue à se battre.

Cette défense se rapporte à l'empêchement d'un acte criminel au sens de l'al. *a*). Elle se rapporte à l'empêchement de voies de fait que Powley était en train de subir. Elle ne se rapporte pas à l'empêchement d'une attaque, qui est la situation qu'envisage l'al. *b*).

Dans un exposé supplémentaire au jury, le juge du procès a dit:

[TRADUCTION] Mesdames et messieurs, vous m'avez posé une question qui indique que vous voulez obtenir, en termes concis, une description et une définition claire de l'homicide coupable, du meurtre au deuxième degré et de l'homicide involontaire coupable.

En ce qui concerne l'homicide coupable, une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain au moyen d'un acte illégal. En ce qui concerne le meurtre, l'homicide coupable est un meurtre, et je crois que je vous ai déjà dit que vous pouvez faire abstraction de l'expression deuxième degré, qui n'a pas d'importance dans vos délibérations. L'homicide coupable est un meurtre lorsque la personne qui cause la mort d'un être humain a l'intention de causer sa mort ou a l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non. En ce qui

manslaughter. Perhaps, I can assist you further. There are four circumstances under which you must find the accused not guilty of murder period. If you have even a reasonable doubt that the accused committed culpable homicide, you must find them not guilty of murder. If you have even a reasonable doubt with respect to the defence of self-defence, you must find them not guilty of murder. If you have even a reasonable doubt with respect to the defence of acting to prevent the commission of an offence, you should find them not guilty of murder. If you have even a reasonable doubt with respect to the defence of necessity, you must find them not guilty of murder.

concerne l'homicide involontaire coupable, l'homicide coupable qui n'est pas un meurtre est un homicide involontaire coupable. Je puis peut-être vous aider davantage. Il y a quatre situations dans lesquelles vous devez déclarer les accusés non coupables de meurtre, un point c'est tout. Si vous avez un simple doute raisonnable que les accusés ont commis un homicide coupable, vous devez les déclarer non coupables de meurtre. Si vous avez un simple doute raisonnable concernant la légitime défense, vous devez les déclarer non coupables de meurtre. Si vous avez un simple doute raisonnable concernant le moyen de défense suivant lequel ils auraient agi pour empêcher la perpétration d'une infraction, vous devez les déclarer non coupables de meurtre. Si vous avez un simple doute raisonnable concernant la défense de nécessité, vous devez les déclarer non coupables de meurtre.

There are three circumstances under which you must find the accused not guilty of murder but guilty of manslaughter. If you have a reasonable doubt with respect to the defence of self-defence, but are satisfied that more force was used than was necessary, you must find the accused not guilty of murder and guilty of manslaughter. If you have even a reasonable doubt with respect to the defence of provocation, you must find the accused not guilty of murder and guilty of manslaughter. If you are satisfied that the accused committed culpable homicide, but have a reasonable doubt with respect to whether they committed murder, then you must find the accused not guilty of murder and guilty of manslaughter.

Il y a trois situations dans lesquelles vous devez déclarer les accusés non coupables de meurtre mais coupables d'homicide involontaire coupable. Si vous avez un doute raisonnable quant à la légitime défense, mais que vous soyez convaincus qu'ils ont employé plus de force qu'il n'était nécessaire, vous devez déclarer les accusés non coupables de meurtre mais coupables d'homicide involontaire coupable. Si vous avez un simple doute raisonnable quant à la défense de provocation, vous devez déclarer les accusés non coupables de meurtre mais coupables d'homicide involontaire coupable. Si vous êtes convaincus que les accusés ont commis un homicide coupable, mais que vous ayez un doute raisonnable quant à savoir s'ils ont commis un meurtre, vous devez alors déclarer les accusés non coupables de meurtre mais coupables d'homicide involontaire coupable.

It is put against the trial judge that, in the second paragraph of this passage she did not refer to s. 27. The reason for this is that, in the first paragraph of the passage, the trial judge lists four circumstances in which, as she puts it, "you must find the accused not guilty of murder period". One of these circumstances was the s. 27 defence "If you have even a reasonable doubt with respect to the defence of acting to prevent the commission of an offence, you should find them not guilty of murder".

On reproche au juge du procès de n'avoir pas mentionné l'art. 27 dans le deuxième alinéa de ce passage. C'est parce que, dans le premier alinéa de ce passage, le juge du procès énonce quatre situations dans lesquelles, comme elle le dit, «vous devez déclarer les accusés non coupables de meurtre». Une de ces situations est le moyen de défense prévu à l'art. 27 «Si vous avez un simple doute raisonnable concernant le moyen de défense suivant lequel ils auraient agi pour empêcher la perpétration d'une infraction, vous devez les déclarer non coupables de meurtre».

The second paragraph deals with those situations in which the jury may find the accused not guilty of murder, but guilty of manslaughter. The defence under s. 27 does not appear here because the trial judge was of the view, which I share, that

Le deuxième alinéa traite des situations dans lesquelles le jury peut déclarer l'accusé non coupable de meurtre, mais coupable d'homicide involontaire coupable. Le moyen de défense prévu à l'art. 27 ne s'y trouve pas parce que le juge du

there is no qualified defence of the use of excessive force to prevent the commission of a crime which would have the effect of reducing what would otherwise be murder to manslaughter.

The trial judge had already dealt, and in my opinion properly, with the necessity for proof of intent in order to establish a charge of murder. In the first paragraph of the passage above quoted she said: "Culpable homicide is murder where the person who causes the death of a human being means to cause his death or means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause death and is reckless whether death ensues or not. With respect to manslaughter, culpable homicide that is not murder is manslaughter".

In a further recharge she said:

Murder can be committed in two ways. First, a person commits murder when he causes the death of a human being by means of an unlawful act and means to cause his death. Secondly, a person commits murder when he causes the death of a human being by means of an unlawful act and means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death and is reckless whether death ensues or not. I will repeat that. A person commits murder when he causes the death of a human being by means of an unlawful act and means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death and is reckless whether death ensues or not. A person commits manslaughter when he causes the death of a human being by means of an unlawful act. The difference between murder and manslaughter is one of intent. I can repeat for you what I said with respect to manslaughter. A person commits manslaughter when he causes the death of a human being by means of an unlawful act.

In my opinion the trial judge in her charge dealt properly with the application of s. 27 and with the difference between murder and manslaughter. Section 27 provides, where applicable, an absolute defence. If unreasonable force is used to prevent the commission of a crime, s. 27 is inapplicable

procès était d'avis, et je suis d'accord avec elle, qu'il n'y a pas de défense restreinte d'emploi d'une force excessive pour empêcher la perpétration d'un acte criminel, défense qui aurait pour effet de réduire à un homicide involontaire coupable ce qui serait autrement un meurtre.

Le juge du procès avait déjà traité, et avec justesse à mon avis, de la nécessité d'une preuve de l'intention en vue d'établir une accusation de meurtre. Au premier alinéa du passage cité ci-dessus, elle a dit: [TRADUCTION] «L'homicide coupable est un meurtre lorsque la personne qui cause la mort d'un être humain a l'intention de causer sa mort ou a l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non. En ce qui concerne l'homicide involontaire coupable, l'homicide coupable qui n'est pas un meurtre est un homicide involontaire coupable».

Dans un autre exposé supplémentaire, elle a dit:

[TRADUCTION] Un meurtre peut être commis de deux façons. D'abord, une personne commet un meurtre lorsqu'elle cause la mort d'un être humain au moyen d'un acte illégal et qu'elle a l'intention de causer sa mort. En deuxième lieu, une personne commet un meurtre lorsqu'elle cause la mort d'un être humain au moyen d'un acte illégal et qu'elle a l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non. Je répète. Une personne commet un meurtre lorsqu'elle cause la mort d'un être humain au moyen d'un acte illégal et qu'elle a l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non. Une personne commet un homicide involontaire coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain au moyen d'un acte illégal. La différence entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable résulte de l'intention. Je peux vous répéter ce que j'ai dit concernant l'homicide involontaire coupable. Une personne commet un homicide involontaire coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain au moyen d'un acte illégal.

A mon avis, dans son exposé, le juge du procès a traité de façon approprié de l'application de l'art. 27 et de la différence entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable. Lorsqu'il s'applique, l'art. 27 offre un moyen de défense absolu. Si on emploie une force excessive pour empêcher la per-

and, in such a case, the section does not operate to reduce the crime of murder to manslaughter. On the facts of the present case the only way in which a verdict of manslaughter could have been rendered would have been on the basis of lack of intent to commit murder or on the basis of provocation. Both of those possibilities were, in my opinion, properly submitted to the jury.

In the result, it is my opinion that there were no errors in the charge to the jury which were prejudicial to the accused. The appeal should be allowed, the judgment of the Court of Appeal should be set aside and the verdict at trial should be restored.

The judgment of Dickson, Beetz, Chouinard and Lamer JJ. was delivered by

DICKSON J.—The question in this case is whether there exists in Canada a "qualified" defence of use of excessive force in preventing the commission of an offence which would have the effect of reducing what would otherwise be murder to manslaughter. The question arises in respect of s. 27 of the *Criminal Code* which reads:

> **27.** Every one is justified in using as much force as is reasonably necessary
>
> (*a*) to prevent the commission of an offence
>
> (i) for which, if it were committed, the person who committed it might be arrested without warrant, and
>
> (ii) that would be likely to cause immediate and serious injury to the person or property of anyone; or
>
> (*b*) to prevent anything being done that, on reasonable and probable grounds he believes would, if it were done, be an offence mentioned in paragraph (*a*).

I

The Facts

The respondent Gee and one Susan Fife were charged that they did unlawfully kill David Powley and thereby commit second degree murder contrary to the *Criminal Code*. They were tried before a jury, convicted as charged and sentenced to life

pétration d'un acte criminel, l'art. 27 ne s'applique pas et, dans ce cas, l'article n'a pas pour effet de réduire un meurtre à un homicide involontaire coupable. Etant donné les faits de l'espèce, la seule chose qui aurait pu conduire à un verdict d'homicide involontaire coupable aurait été l'absence de l'intention de commettre un meurtre ou la provocation. A mon avis, ces deux possibilités ont été exposées au jury de façon appropriée.

En conséquence, je suis d'avis que l'exposé au jury ne comporte pas d'erreur qui ait été préjudiciable à l'accusé. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le verdict prononcé au procès.

Version française du jugement des juges Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer rendu par

LE JUGE DICKSON—La question en l'espèce est de savoir s'il existe au Canada une défense «restreinte» d'emploi de force excessive pour empêcher la perpétration d'une infraction qui aurait pour effet de réduire à un homicide involontaire coupable ce qui serait autrement un meurtre. La question se pose en regard de l'art. 27 du *Code criminel* qui se lit:

> **27.** Toute personne est fondée à employer la force raisonnablement nécessaire
>
> *a*) pour empêcher la perpétration d'une infraction
>
> (i) pour laquelle, si elle était commise, la personne qui la commet pourrait être arrêtée sans mandat, et
>
> (ii) qui serait de nature à causer des blessures immédiates et graves à la personne ou des dégâts immédiats et graves aux biens de toute personne; ou
>
> *b*) pour empêcher l'accomplissement de tout acte qui, à son avis, basé sur des motifs raisonnables et probables, constituerait une infraction mentionnée à l'alinéa *a*).

I

Les faits

L'intimé Gee et une nommée Susan Fife ont été accusés d'avoir tué David Powley et d'avoir ainsi commis un meurtre au deuxième degré contrairement au *Code criminel*. Ils ont été jugés devant un jury, déclarés coupables de l'infraction reprochée

imprisonment without eligibility for parole for ten years.

On the evening of November 15, 1978, Gee, a male prostitute and female impersonator, Fife, a prostitute, and one Paul Racz met at Gee's house for drinks before going into the street for the purposes of prostitution. As the weather was inclement the respondent made arrangements for the three of them to go to the home of the deceased, David Powley, who was known to the respondent and described by him as a "kinky trick who had lots of money". When they arrived they had some more drinks at the bar and then proceeded to an upstairs bedroom. What happened thereafter is described in a statement given by the respondent to the police, a short resumé of which is as follows. Powley suggested that Racz dress up in women's lingerie which Racz hesitatingly agreed to do. Gee and Fife looked for other lingerie. The statement continues: "The next thing I knew, I heard a smash and we turned around and David and Paul were wrestling. I think Paul tried to knock him out by hitting him over the head with a bottle". Gee and Fife struck Powley over the head numerous times with objects, including bottles, a frying pan and a lamp. When they ceased Powley was dead. The theory of the Crown was that the killing was the result of a planned robbery which Powley had resisted. The theory of the defence was that Powley attacked Racz and was committing an assault upon him; the respondent and Fife were attempting to prevent the commission of that offence and killed Powley in the process.

Le soir du 15 novembre 1978, Gee, un prostitué et travesti, Fife, une prostituée, et un certain Paul Racz se sont rencontrés chez Gee pour prendre un verre avant de descendre dans la rue aux fins de la prostitution. Comme il faisait mauvais, l'intimé a fait en sorte que tous trois se retrouvent chez la victime, David Powley, que l'intimé connaissait et qu'il a décrit comme [TRADUCTION] «un tordu bourré d'argent». A leur arrivée, ils ont à nouveau pris quelques verres au bar puis sont montés dans une chambre. Ce qui s'est produit ensuite a été raconté dans une déclaration que l'intimé a faite à la police et qui se résume brièvement comme suit. Powley a proposé que Racz se déguise avec de la lingerie féminine, ce que Racz a consenti à faire avec hésitation. Gee et Fife ont cherché d'autres vêtements féminins. La déclaration poursuit: [TRADUCTION] «Ensuite, j'ai entendu un fracas et nous nous sommes retournés et David et Paul se battaient. Je pense que Paul a essayé de l'assommer en le frappant à la tête avec une bouteille». Gee et Fife ont frappé Powley à la tête à plusieurs reprises avec des objets, y compris des bouteilles, une poêle à frire et une lampe. Powley était mort lorsqu'ils ont cessé de frapper. Selon la théorie de la poursuite, la mort résulterait d'un vol prémédité auquel Powley a résisté. Selon celle de la défense, Powley aurait attaqué Racz et se serait porté à des voies de fait à son endroit; l'intimé et Fife auraient tenté d'empêcher la perpétration de cette infraction et, de ce fait, ils ont tué Powley.

## II

## The Alberta Court of Appeal

All three judges of the Alberta Court of Appeal, for reasons which were by no means concordant, allowed the respondent's appeal and directed a new trial. McDermid J.A. accepted the law in Canada to be as in Australia and that the honest although mistaken belief that no more force is being used than is necessary is a defence that reduces what would otherwise be murder to manslaughter and that such defence is applicable by virtue of s. 7(3) of the *Criminal Code* to the

## II

## La Cour d'appel de l'Alberta

Les trois juges de la Cour d'appel de l'Alberta ont accueilli, pour des motifs complètement différents, l'appel de l'intimé et ordonné un nouveau procès. Le juge McDermid a considéré que le droit canadien est semblable au droit australien et que la croyance honnête, bien qu'erronée, qu'on n'emploie pas une force plus grande que nécessaire est un moyen de défense qui réduit à un homicide involontaire coupable ce qui serait autrement un meurtre et que ce moyen de défense s'applique en

defence of self-defence. Mr. Justice McDermid held that this reduction from murder to manslaughter is applicable also where the defence is that the force used is to prevent the commission of a crime. He found the justification for this reduction of murder to manslaughter in the lesser degree of "moral culpability" of a person who uses more force than is necessary but not more force than he honestly but mistakenly believes is necessary, to prevent the commission of a violent crime.

If I understand his judgment correctly, Mr. Justice Prowse purports to deal with the question on the basis of the *mens rea* required for murder; a person who honestly, but erroneously, believes that the force he is using is reasonable lacks the necessary intent for murder. Mr. Justice Moir agreed with Justice Prowse's conclusion but not his reasoning. He based his judgment upon the fact that "even though there was an intent to kill or injure it may be excused or forgiven because of the surrounding mitigating circumstances" and hence the possibility of reducing the charge of murder to manslaughter should be considered. An accused might apply force knowing that the result would be death or grievous bodily injury. In this sense, the accused would fall *prima facie* within the definition of murder in s. 212. However, if the accused applied force under the honest belief that it was necessary, then he could not be guilty of murder. Further, it does not appear that this belief need be reasonably held. In these circumstances the jury should 'reduce' the charge of murder to one of manslaughter.

The issue raised by all three justices in the Court of Appeal is whether murder is reduced to manslaughter when the defence of justification in preventing the commission of a crime is advanced, and excessive force is used. This is the first time in Canada, so far as I am aware, that a partial defence under s. 27 of the *Code* has been allowed to reduce what would otherwise be murder to manslaughter. The defence of justification pursuant to s. 27 has hitherto been regarded as a total

vertu du par. 7(3) du *Code criminel* à la légitime défense. Le juge McDermid a conclu que cette réduction de meurtre à homicide involontaire coupable s'applique également lorsque le moyen de défense porte que la force employée vise à empêcher la perpétration d'un acte criminel. Il justifie cette réduction de meurtre à homicide involontaire coupable par le degré moindre de «culpabilité morale» chez une personne qui emploie une force plus grande qu'il n'est nécessaire, mais non une force plus grande que celle qu'il croit honnêtement, mais erronément, nécessaire pour empêcher la perpétration d'un crime violent.

Si je comprends bien son raisonnement, le juge Prowse tente d'examiner la question à partir de la *mens rea* qu'exige le meurtre; une personne qui croit honnêtement, mais de façon erronée, que la force qu'elle emploie est raisonnable n'a pas l'intention coupable qu'exige le meurtre. Le juge Moir souscrit à la conclusion du juge Prowse mais non à ses motifs. Il appuie son jugement sur le fait que [TRADUCTION] «même s'il y a eu intention de tuer ou de blesser, on peut excuser ou pardonner à cause des circonstances atténuantes» et il y a donc lieu d'envisager la possibilité de réduire l'accusation de meurtre à celle d'homicide involontaire coupable. Un accusé peut employer la force en sachant qu'il en résultera la mort ou des blessures graves. En ce sens, la définition du meurtre de l'art. 212 s'appliquerait *prima facie* à l'accusé. Cependant, si l'accusé a employé la force en croyant honnêtement qu'elle était nécessaire, il ne pourrait alors être coupable de meurtre. En outre, cette conviction ne paraît pas devoir être raisonnable. Dans ces circonstances, le jury devrait «réduire» l'accusation de meurtre à une accusation d'homicide involontaire coupable.

La question que soulèvent les trois juges de la Cour d'appel est de savoir si un meurtre est réduit à un homicide involontaire coupable lorsqu'on plaide la justification comme moyen de défense, savoir que l'accusé voulait empêcher la perpétration d'un acte criminel, et qu'on emploie une force excessive. A ma connaissance, c'est la première fois au Canada qu'on admet une défense partielle en vertu de l'art. 27 du *Code* pour réduire à un homicide involontaire coupable ce qui serait autre-

defence, entitling the accused to acquittal, or no defence at all. There has been no half-way house.

III

The Crown appellant defined the issues on the appeal as follows:

[1.] Did the Court of Appeal err in law in holding that the common law concept of excessive force coupled with self-defence reducing murder to manslaughter as developed in the law of Australia, is applicable to a defence of justification in preventing the commission of an offence and therefore the direction given to the jury constituted error in law amounting to misdirection?

[2.] Did the Court of Appeal err in law in holding that the law is the same in Canada as in Australia and that the honest although mistaken belief that no more force is being used than is necessary is a defence that reduces what would otherwise be murder to manslaughter and that such defence is applicable by virtue of section 7(3) of the *Criminal Code* to the defence of self-defence and therefore the direction given to the jury constituted error in law amounting to misdirection?

[3.] Did the Court of Appeal err in holding that excessive force used in self-defence or justification excuses murder and reduces the crime to one of manslaughter even though the accused had the intent to kill or injure and therefore the direction given to the jury constituted error in law amounting to misdirection?

[4.] Did the Court of Appeal err in holding that if the jury concludes the accused killed the victim and finds against the accused on the issue of self-defence, then the issue of manslaughter should be left with the jury with the following direction:

"if you believe the accused was acting under a reasonable apprehension that another would suffer death or grievous bodily harm, or if you are left with a reasonable doubt on the issue, then, if the accused fails on the issue of self-defence only because you conclude that he used more force than reasonable in all the circumstances, you should bring in a verdict of guilty of manslaughter."

ment un meurtre. Jusqu'à présent, on avait considéré la défense de justification prévue à l'art. 27 comme un moyen de défense absolu, qui entraîne l'acquittement de l'accusé, ou qui n'offre aucune défense. Il n'y a pas eu de solution intermédiaire.

III

La poursuite appelante a énoncé comme suit les questions que soulève le pourvoi:

[TRADUCTION] [1.] La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que le concept de *common law* de la force excessive, jointe à la légitime défense qui réduit le meurtre à l'homicide involontaire coupable et qu'on trouve en droit australien, s'applique à la justification comme moyen de défense, savoir que l'accusé voulait empêcher la perpétration d'une infraction, et est-ce que la directive donnée au jury constitue par conséquent une erreur de droit équivalant à une directive erronée?

[2.] La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que le droit canadien est semblable au droit australien, et que la croyance honnête, quoique erronée, qu'on n'emploie pas une force plus grande que nécessaire est un moyen de défense qui réduit à un homicide involontaire coupable ce qui serait autrement un meurtre et que cette défense s'applique, en vertu du par. 7(3) du *Code criminel*, au moyen de légitime défense, et la directive donnée au jury constitue-t-elle par conséquent une erreur de droit équivalant à une directive erronée?

[3.] La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la force excessive employée en situation de légitime défense ou de justification excuse le meurtre et le réduit à l'homicide involontaire coupable même si l'accusé avait l'intention de tuer ou de blesser, et la directive donnée au jury constitue-t-elle par conséquent une erreur de droit équivalant à une directive erronée?

[4.] La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en décidant que si le jury conclut que l'accusé a tué la victime et rejette le moyen de légitime défense de l'accusé, alors la question de l'homicide involontaire coupable doit être laissée à l'appréciation du jury avec la directive suivante:

«si vous croyez que l'accusé a agi parce qu'il craignait raisonnablement qu'une autre personne soit tuée ou subisse des lésions corporelles graves, ou si vous avez un doute raisonnable sur cette question, alors, si l'accusé échoue sur le moyen de légitime défense uniquement parce que vous en venez à la conclusion qu'il a employé plus de force que nécessaire dans les circonstances, vous devez prononcer un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable.»

and failure to do so constituted error in law amounting to misdirection.

IV

The argument centered on the question of whether excessive use of force in self-defence could reduce what would otherwise be murder to manslaughter. The Crown appellant argued for a negative response. The respondent Gee argued in the affirmative.

Australian, English and Canadian cases were discussed at some length, in the context of the defence of self-defence, although we are here concerned, not with a case of self-defence but excessive force in the prevention of the commission of an indictable offence, that is to say, to prevent the deceased Powley from continuing an aggravated assault upon Racz. It is well to note the difference in statutory language between s. 34 of the *Code*, self-defence, and s. 27 of the *Code* which I have earlier set forth. Section 34 reads:

> **34.** (1) Every one who is unlawfully assaulted without having provoked the assault is justified in repelling force by force if the force he uses is not intended to cause death or grievous bodily harm and is no more than is necessary to enable him to defend himself.
>
> (2) Every one who is unlawfully assaulted and who causes death or grievous bodily harm in repelling the assault is justified if
>
> (*a*) he causes it under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence with which the assault was originally made or with which the assailant pursues his purposes, and
>
> (*b*) he believes, on reasonable and probable grounds, that he cannot otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm.

The qualified defence of excessive force in self-defence has been developed in some common law criminal jurisdictions and has been applied by analogy to the defence of prevention of commission of a crime (see *R. v. McKay*, [1957] V.R. 560). The gist of the respondent's argument is that, should a qualified defence of excessive force in self-defence exist in Canada, by analogy, a qualified defence of excessive force in the prevention of an offence should also be admitted. Such

et le refus de le faire constitue-t-il une erreur de droit équivalant à une directive erronée?

IV

Le débat s'est centré sur la question de savoir si l'emploi de la force excessive en légitime défense peut réduire à un homicide involontaire coupable ce qui serait autrement un meurtre. La poursuite appelante a plaidé pour la négative. L'intimé Gee plaide en faveur.

On s'est penché attentivement sur la jurisprudence australienne, anglaise et canadienne qui porte sur la légitime défense, même s'il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas de légitime défense mais de force excessive pour empêcher la perpétration d'un acte criminel, à savoir, pour empêcher que la victime Powley ne poursuive ses voies de fait graves à l'endroit de Racz. Il convient de souligner la différence entre le texte de loi de l'art. 34 du *Code*, pour la légitime défense, et de l'art. 27 du *Code* que j'ai déjà cité. L'article 34 se lit:

> **34.** (1) Toute personne illégalement attaquée sans provocation de sa part est fondée à repousser la violence par la violence, si, en faisant usage de violence, elle n'a pas l'intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves et si la violence n'est pas poussée au-delà de ce qui est nécessaire pour lui permettre de se défendre.
>
> (2) Quiconque est illégalement attaqué et cause la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant l'attaque, est justifié
>
> *a*) s'il la cause parce qu'il a des motifs raisonnables pour appréhender que la mort ou quelque lésion corporelle grave ne résulte de la violence avec laquelle l'attaque a en premier lieu été faite, ou avec laquelle l'assaillant poursuit son dessein, et
>
> *b*) s'il croit, pour des motifs raisonnables et probables, qu'il ne peut autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

La défense restreinte d'emploi de force excessive en légitime défense s'est développée dans certaines juridictions criminelles de *common law* et a été appliquée par analogie à la défense dite d'empêchement de la perpétration d'un acte criminel (voir *R. v. McKay*, [1957] V.R. 560). Le coeur de l'argument de l'intimé est que, s'il existe au Canada une défense restreinte d'utilisation de force excessive en légitime défense, par analogie, on doit admettre également pareille défense pour

an analogy, however, may be more difficult to make in a jurisdiction possessing a criminal code, as in Canada, where the two defences are contained in two differently worded statutory provisions.

In the case of *Brisson v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 227 judgment delivered concurrently herewith, I have expressed the opinion that excessive force in self-defence, unless related to intent under s. 212 of the *Code* or to provocation, does not reduce murder to manslaughter. As I emphasized in the reasons in *Brisson* the distinction between murder or manslaughter is one of intent. Intent is an element of the offence of murder under s. 212 of the *Criminal Code*. A determination with respect to the presence or absence of this intent must underlie any consideration of the existence of a defence or justification. It is the nature of the offence which determines what possible defences may be open to the accused. For example, a "defence" of provocation under s. 215 of the *Criminal Code* is unnecessary where there is a finding of absence of intent under s. 212. The offence having been characterized as manslaughter due to the absence of intent under s. 212, it is simply unnecessary to invoke a "defence" such as provocation which reduces murder to manslaughter. Similarly, it is crucial to have characterized the offence as murder or manslaughter before turning to s. 27 of the *Code*, the defence of prevention of commission of an offence.

The starting point, in my view, is s. 212 of the *Code* combined with s. 205. According to the *Code*, s. 205, a person commits homicide, whether directly or indirectly, by any means when he causes the death of a human being. Homicide is culpable or not culpable. Homicide that is not culpable is not an offence. Culpable homicide is murder or manslaughter when he causes the death of a human being in one of four ways, of which s. 205(5)(*a*) is, for present purposes, relevant, "by means of an unlawful act". The effect of s. 27 is to justify the accused in committing what would

avoir empêché la perpétration d'une infraction. Cette analogie, cependant, peut être plus difficile à faire dans un pays, comme le Canada, doté d'un code criminel dans lequel les deux moyens de défense sont prévus dans deux dispositions législatives rédigées de façon différente.

Dans l'arrêt *Brisson c. La Reine*, [1982] 2 S.C.R. 227, rendu en même temps que celui en l'espèce, j'ai exprimé l'avis que la force excessive en légitime défense, à moins qu'elle ne se rapporte à l'intention au sens de l'art. 212 du *Code* ou à la provocation, ne réduit pas le meurtre à l'homicide involontaire coupable. Comme je l'ai souligné dans les motifs de l'arrêt *Brisson*, la distinction entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable réside dans l'intention. L'intention est un élément du meurtre au sens de l'art. 212 du *Code criminel*. Une décision quant à la présence ou à l'absence de cette intention doit être sous-jacente à l'examen de l'existence d'une défense ou d'une justification. C'est la nature de l'infraction qui établit quels moyens de défense possibles s'offrent à l'accusé. Par exemple, une «défense» de provocation prévue à l'art. 215 du *Code criminel* n'est pas nécessaire lorsqu'on constate l'absence de l'intention requise à l'art. 212. Une fois l'infraction qualifiée d'homicide involontaire coupable en raison de l'absence de l'intention requise à l'art. 212, il n'est simplement plus nécessaire d'invoquer une «défense» telle la provocation qui réduit le meurtre à l'homicide involontaire coupable. De même, il est capital que l'infraction ait été qualifiée de meurtre ou d'homicide involontaire coupable avant de se tourner vers l'art. 27 du *Code*, la défense d'empêchement de la perpétration d'une infraction.

A mon avis, le point de départ est la combinaison des art. 212 et 205 du *Code*. Suivant l'art. 205 du *Code*, commet un homicide quiconque, directement ou indirectement, par quelque moyen, cause la mort d'un être humain. L'homicide est coupable ou non coupable. L'homicide qui n'est pas coupable ne constitue pas une infraction. L'homicide coupable est un meurtre ou un homicide involontaire coupable lorsqu'il cause la mort d'un être humain par un des quatre moyens énumérés, dont celui énoncé à l'al. 205(5)*a*) est pertinent aux fins des présentes: «au moyen d'un acte illégal».

otherwise be an unlawful act. It makes lawful what would otherwise be unlawful.

Turning then to s. 212. Culpable homicide is murder when the person who causes the death of a human being means to cause death or means to cause bodily harm or knows that he will cause bodily harm and is reckless whether death ensues or not.

Absent that intent, culpable homicide is manslaughter or infanticide. The killing cannot be murder in the absence of proof of intent required under s. 212(*a*) of the *Criminal Code* and that intent may not be inferred merely from the fact of the killing. If the Crown proves beyond a reasonable doubt a killing with such intent, or an unlawful killing without such intent, *i.e.* the ingredients of murder or manslaughter, respectively, it is then open to the accused to call in aid s. 27 of the *Code* which I repeat for ease of reference:

**27.** Every one is justified in using as much force as is reasonably necessary

(*a*) to prevent the commission of an offence

(i) for which, if it were committed, the person who committed it might be arrested without warrant, and

(ii) that would be likely to cause immediate and serious injury to the person or property of anyone; or

(*b*) to prevent anything being done that, on reasonable or probable grounds he believes would, if it were done, be an offence mentioned in paragraph (*a*).

This section allows a justification for as much force as is reasonably necessary to prevent the commission of an indictable offence. The section clearly contemplates the possibility of a killing and can even extend its justification to killing with intent to kill, if it is reasonably necessary. The question whether such force was or was not reasonably necessary is one for the jury. If the force is reasonable in all the circumstances the accused is entitled to an acquittal; if not, he is in my view

L'article 27 a pour effet de justifier l'accusé qui commet ce qui serait autrement un acte illégal. Il rend légal ce qui serait autrement illégal.

Passons maintenant à l'art. 212. L'homicide coupable est un meurtre lorsque la personne qui cause la mort d'un être humain a l'intention de causer sa mort ou a l'intention de lui causer des lésions corporelles ou sait qu'elle causera des lésions corporelles et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non.

S'il n'y a pas cette intention, l'homicide coupable est un homicide involontaire coupable ou un infanticide. Il ne peut s'agir d'un meurtre en l'absence de la preuve de l'intention qu'exige l'al. 212*a*) du *Code criminel*, et cette intention ne peut être présumée simplement du fait du crime. Si la poursuite établit hors de tout doute raisonnable que la mort a été donnée avec cette intention, ou que la mort a été illégalement donnée sans cette intention, c.-à-d. les éléments du meurtre ou de l'homicide involontaire coupable respectivement, l'accusé peut invoquer l'art. 27 du *Code* que je répète pour en faciliter la consultation:

**27.** Toute personne est fondée à employer la force raisonnablement nécessaire

*a*) pour empêcher la perpétration d'une infraction

(i) pour laquelle, si elle était commise, la personne qui la commet pourrait être arrêtée sans mandat, et

(ii) qui serait de nature à causer des blessures immédiates et graves à la personne ou des dégâts immédiats et graves aux biens de toute personne; ou

*b*) pour empêcher l'accomplissement de tout acte qui, à son avis, basé sur des motifs raisonnable et probables, constituerait une infraction mentionnée à l'alinéa *a*).

Cet article offre une justification pour l'emploi de toute la force raisonnablement nécessaire pour empêcher la perpétration d'un acte criminel. Il est évident que cet article envisage la possibilité du décès et peut même étendre la justification à la mort donnée avec intention, si cela est raisonnablement nécessaire. Il appartient au jury de décider si la force employée est raisonnablement nécessaire. Si la force employée est raisonnable compte tenu de toutes les circonstances, l'accusé a le droit

guilty of murder if he has the required intent. The jury function in applying the reasonableness test in the administration of justice is stated in *Halsbury's Laws of England* (4th ed.), vol. 11, at p. 630 as follows:

> In determining whether the force used was reasonable the court will take into account all the circumstances of the case, including the nature and degree of force used, the seriousness of the evil to be prevented and the possibility of preventing it by other means. This provision is of general application and is not limited to arrestable or any other class of offences, but it would not be reasonable to use even slight force to prevent very trivial offences. The circumstances in which it can be considered reasonable to kill another in the prevention of crime must be of an extreme kind; they could probably arise only in the case of an attack against the person which is likely to cause death or serious bodily injury and where killing the attacker is the only practicable means of preventing the harm. It cannot be reasonable to kill another merely to prevent a crime which is directed only against property.

Section 26 of the *Code* should be read in conjunction with the passage from Halsbury. Section 26 provides that everyone who is authorized to use force is criminally responsible for any excess thereof according to the nature and quality of the act that constitutes the excess.

In my view, it cannot be said that force can be partially justified. Success under s. 27 leads to acquittal. If the defence under s. 27 does not succeed, the jury should render the verdict which would have been rendered, absent s. 27. This may be a verdict of manslaughter, not because of partial justification under s. 27 but because the special mental element required for guilt of murder has not been proven. In other words, the half-way house is not to be found in s. 27 but, if at all, in s. 212.

For the above reasons I am of the opinion that there does not exist in Canada a "qualified" defence of use of excessive force in the prevention of the commission of an offence which would have

d'être acquitté; sinon, à mon avis, il est coupable de meurtre s'il a l'intention requise. La fonction du jury appelé à appliquer le critère du caractère raisonnable dans l'administration de la justice est décrite comme suit dans *Halsbury's Laws of England* (4e éd.), vol. 11, à la p. 630:

> [TRADUCTION] Pour décider si la force employée était raisonnable, la cour tiendra compte de toutes les circonstances de l'espèce, y compris la nature et le degré de la force employée, la gravité du mal à empêcher et la possibilité de l'empêcher par d'autres moyens. Il s'agit d'une disposition d'application générale qui ne se limite pas aux infractions qui autorisent une arrestation ou à une autre catégorie d'infractions, mais il ne serait pas raisonnable d'utiliser même la moindre force pour empêcher des infractions sans aucune gravité. Les circonstances dans lesquelles on peut juger raisonnable de tuer une autre personne pour empêcher un crime doivent être exceptionnelles; elles peuvent probablement survenir uniquement dans le cas d'une attaque contre la personne susceptible de causer la mort ou des lésions corporelles graves et lorsque tuer l'attaquant est la seule façon possible d'empêcher le crime. Il ne peut être raisonnable de tuer une autre personne simplement pour empêcher un crime contre les biens seulement.

L'article 26 du *Code* doit être lu de concert avec le passage de Halsbury. L'article 26 prévoit que quiconque est autorisé à employer la force est criminellement responsable de tout excès de force selon la nature et la qualité de l'acte qui constitue l'excès.

A mon avis, on ne peut dire que la force peut être justifiée en partie. La défense qui réussit en vertu de l'art. 27 entraîne l'acquittement. Si le moyen de défense qu'offre l'art. 27 ne réussit pas, le jury doit prononcer le verdict qu'il aurait prononcé, n'eût été l'art. 27. Il peut s'agir d'un verdict d'homicide involontaire coupable, non à cause d'une justification partielle en vertu de l'art. 27, mais parce que l'élément moral particulier qu'exige la culpabilité de meurtre n'a pas été prouvé. En d'autres mots, on ne peut trouver la solution intermédiaire dans l'art. 27 mais, si elle existe, elle se trouve dans l'art. 212.

Pour ces motifs, je suis d'avis qu'il n'existe pas au Canada de défense «restreinte» d'emploi de force excessive pour empêcher la perpétration d'un crime, qui aurait pour effet de réduire à un homi-

the effect of reducing what would otherwise be murder to manslaughter.

V

Charge to the Jury

Let me say immediately that the task of the trial judge in charging the jury was by no means an easy one, having regard to the uncertain state of the law at the time of trial and the generally prevailing view that the principles applicable to the defences of self-defence and prevention of the commission of a crime were, despite different statutory provisions, to be found in the common law and were, to all intents, identical.

In my view the trial judge erred in two respects, first, in charging on s. 34 of the *Code* and second, in the inadequacy of the charge on s. 27 of the *Code*. There was no evidence in the record from which a jury could reasonably infer that Gee, when he assisted in killing Powley, did so under a reasonable apprehension of death or grievous bodily harm or that he reasonably believed that he could not otherwise save himself from bodily injury. Gee was entitled to have the jury pass upon all his alternative defences but only where a foundation of fact would give a reality to the defence. The only evidence to which the trial judge referred was that both Gee and Racz had testified that Powley lunged at Gee and kicked Fife. But as the trial judge herself observed, "Now, I think it is quite clear that he [Powley] was not able to get away from Racz so that he could not have carried out his purpose at the time in question". Additionally, Gee testified that following the lunge by Powley he, Gee, "ran right out of the room". The possibility of an encounter endangering Gee had therefore terminated and with it any basis for a plea of self-defence. It was later, on his way downstairs, that Gee heard a smash. He ran to the bar, grabbed a bottle, ran upstairs and "smashed him [Powley] over the head with this bottle".

cide involontaire coupable ce qui serait autrement un meurtre.

V

L'exposé au jury

Il faut dire immédiatement que la tâche du juge du procès, face à son exposé au jury, était loin d'être facile compte tenu de l'état incertain du droit au moment du procès et de l'opinion généralement dominante que les principes applicables aux moyens de défense que sont la légitime défense et l'empêchement de la perpétration d'un crime, en dépit de dispositions législatives différentes, devaient être trouvés dans la *common law* et étaient, à toutes fins pratiques, identiques.

Je suis d'avis que le juge du procès a commis une erreur à deux égards: d'abord dans son exposé au jury relativement à l'art. 34 du *Code* et ensuite, par un exposé insuffisant relativement à l'art. 27 du *Code*. Le dossier ne contient aucune preuve dont un jury pouvait raisonnablement déduire que Gee, lorsqu'il a aidé à tuer Powley, l'a fait parce qu'il appréhendait raisonnablement la mort ou des lésions corporelles graves ou qu'il croyait raisonnablement qu'il ne pouvait autrement éviter des lésions corporelles. Gee avait droit à ce que le jury examine tous ses moyens de défense subsidiaires, mais uniquement si une constatation de fait appuyait le moyen de défense. La seule preuve qu'a mentionnée le juge du procès était que Gee et Racz ont tous deux témoigné que Powley s'est jeté sur Gee et a donné un coup de pied à Fife. Mais comme le juge du procès l'a elle-même fait remarquer, [TRADUCTION] «Or, je crois qu'il est bien évident qu'il [Powley] ne pouvait échapper à Racz de sorte qu'il ne pouvait en venir à ses fins au moment en question». De plus, Gee a témoigné qu'après l'attaque de Powley, il [Gee] [TRADUCTION] «s'est précipité hors de la chambre». Il n'y avait donc plus de possibilité d'un affrontement qui mette la vie de Gee en danger et ainsi tout fondement d'un plaidoyer de légitime défense avait disparu. C'est plus tard, alors qu'il descendait l'escalier, que Gee a entendu un fracas. Il a couru au bar, s'est emparé d'une bouteille, a remonté en courant et [TRADUCTION] «l'a frappé [Powley] à la tête avec cette bouteille».

The judge charged at length on self-defence. In so doing she instructed the jury that if they were of the view that the accused used more force than was reasonably necessary to enable them to defend themselves, the jury must find the accused not guilty of murder but guilty of manslaughter. To this extent the charge was unduly favourable to the accused. In devoting so much attention to self-defence the judge failed, however, to direct adequate attention to the only possible ground of justification, namely s. 27, and the use of force to prevent the commission of an offence.

The charge on s. 27 was inadequate. Reference was made only to s. 27(*a*) and not to s. 27(*b*). The jury was instructed that if "they were satisfied that the defence had been established or if they had a reasonable doubt with respect to it they must find the accused not guilty of murder". The judge failed to instruct the jury as to what would be the result if the accused failed in the defence under s. 27. On the recharge the judge stated, at p. 967 [of the Case on Appeal]:

> There are three circumstances under which you must find the accused not guilty of murder but guilty of manslaughter. If you have a reasonable doubt with respect to the defence of self-defence, but are satisfied that more force was used than was necessary, you must find the accused not guilty of murder and guilty of manslaughter. If you have even a reasonable doubt with respect to the defence of provocation, you must find the accused not guilty of murder and guilty of manslaughter. If you are satisfied that the accused committed culpable homicide, but have a reasonable doubt with respect to whether they committed murder, then you must find the accused not guilty of murder and guilty of manslaughter.

There is reference in the passage to excessive force in self-defence and to provocation but no reference to s. 27. It is not made clear that if justification under s. 27 did not succeed the verdict would be murder or manslaughter depending upon the presence or absence of intent under s. 212. Gee testified that he told Susan Fife not to stab Powley and "only to try and knock him out". The question of intent and the possibility of a manslaughter

Le juge a fait un long exposé sur la légitime défense. Dans son exposé, elle a indiqué au jury que s'il était d'avis que les accusés ont employé une force plus grande qu'il n'était raisonnablement nécessaire pour leur permettre de se défendre, le jury devait déclarer l'accusé non coupable de meurtre mais coupable d'homicide involontaire coupable. En ce sens, l'exposé était indûment favorable à l'accusé. En accordant tant d'attention à la légitime défense, le juge a cependant omis d'expliquer suffisamment le seul motif possible de justification, soit l'art. 27, et l'emploi de la force pour empêcher la perpétration d'une infraction.

L'exposé relativement à l'art. 27 était inadéquat. On a mentionné uniquement l'al. 27*a*) et non l'al. 27*b*). On a indiqué au jury que si [TRADUCTION] «il est convaincu que le moyen de défense a été prouvé ou s'il a un doute raisonnable à cet égard, il doit déclarer les accusés non coupables de meurtre». Le juge n'a pas indiqué au jury quel serait l'effet de l'échec de la défense des accusés en vertu de l'art. 27. Au cours d'un exposé supplémentaire, le juge a dit à la p. 967 [du dossier]:

> [TRADUCTION] Il y a trois situations dans lesquelles vous devez déclarer les accusés non coupables de meurtre mais coupables d'homicide involontaire coupable. Si vous avez un doute raisonnable quant à la légitime défense, mais que vous soyez convaincus qu'ils ont employé plus de force qu'il n'était nécessaire, vous devez déclarer les accusés non coupables de meurtre mais coupables d'homicide involontaire coupable. Si vous avez un simple doute raisonnable quant à la défense de provocation, vous devez déclarer les accusés non coupables de meurtre mais coupables d'homicide involontaire coupable. Si vous êtes convaincus que les accusés ont commis un homicide coupable, mais que vous ayez un doute raisonnable quant à savoir s'ils ont commis un meurtre, vous devez alors déclarer les accusés non coupables de meurtre mais coupables d'homicide involontaire coupable.

Ce passage mentionne la force excessive en légitime défense et la provocation, mais ne mentionne pas l'art. 27. Il ne mentionne pas clairement que si la justification en vertu de l'art. 27 ne réussit pas, on doit prononcer un verdict de meurtre ou d'homicide involontaire coupable selon que l'intention prévue à l'art. 212 est présente ou absente. Gee a témoigné avoir dit à Susan Fife de ne pas poignarder Powley, [TRADUCTION] «d'essayer seulement

verdict if s. 27 failed was therefore in issue. The judge did not at any time relate s. 27 to absence of intent.

The jury were confused as to the distinction between murder and manslaughter. In the course of their deliberations they asked twice for a redirection with respect to the distinction. Only in the second redirection did the trial judge specifically state that "The difference between murder and manslaughter is one of intent". I am not convinced that at this point in the deliberations this statement of the distinction was sufficient to overcome the deficiencies in the charge as a whole, especially when, as here, the charge has been complicated by the introduction of the defence of self-defence and the erroneous concept as to the "qualified" defence of excessive force reducing murder to manslaughter in that part of the charge. The result was to introduce a potential for confusion, the full effect of which no one can assess, and to divert attention from s. 212 and the potentially broad scope of s. 27 of the *Code*.

In the result I would dismiss the appeal and confirm the order for a new trial but for the reasons given above.

*Appeal dismissed*, MARTLAND, RITCHIE *and* ESTEY JJ. *dissenting*.

*Solicitor for the appellant: Bruce R. Fraser, Edmonton.*

*Solicitors for the respondent: O'Brien, Devlin, Munbolland, Calgary.*

de l'assommer». La question de l'intention et la possibilité d'un verdict d'homicide involontaire coupable en cas d'échec de la défense permise par l'art. 27 étaient donc soulevées. En aucun temps le juge n'a relié l'art. 27 à l'absence d'intention.

Le jury était perplexe quant à la distinction entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable. Au cours de ses délibérations, il a demandé à deux reprises des directives supplémentaires à ce sujet. Ce n'est qu'au deuxième exposé supplémentaire que le juge du procès a énoncé de façon précise que [TRADUCTION] «la différence entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable résulte de l'intention». Je ne suis pas convaincu qu'à ce stade des délibérations, cette explication de la distinction était suffisante pour remédier aux omissions que comportait l'ensemble de l'exposé, d'autant plus qu'en l'espèce, l'exposé a été compliqué par l'introduction, dans cette partie-là, de la légitime défense et du concept erroné de la défense «restreinte» d'emploi de force excessive qui réduirait le meurtre à l'homicide involontaire coupable. On a ainsi ouvert la porte à une confusion possible dont on ne peut mesurer toute la portée, et on a détourné l'attention de l'art. 212 et de la portée potentiellement étendue de l'art. 27 du *Code*.

En conséquence, pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance d'un nouveau procès.

*Pourvoi rejeté, les juges* MARTLAND, RITCHIE *et* ESTEY *sont dissidents*.

*Procureur de l'appelante: Bruce R. Fraser, Edmonton.*

*Procureurs de l'intimé: O'Brien, Devlin, Munbolland, Calgary.*

**The Attorney General of Canada, the Restrictive Trade Practices Commission, L.A. Couture, in his capacity as Acting Chairman of the Restrictive Trade Practices Commission, and Robert J. Bertrand in his capacity as Director of Investigation and Research, Combines Investigation Act** *Appellants*;

and

**The Law Society of British Columbia and Victor McCallum** *Respondents*;

and

**The Attorney General of Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of New Brunswick, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General of Saskatchewan, the Attorney General of Alberta, the Law Society of Upper Canada, Federation of Law Societies of Canada/Fédération des professions juridiques du Canada, Prepaid Legal Services Program of Canada** *Interveners*;

and between

**Donald Jabour** *Appellant*;

and

**The Law Society of British Columbia and Harry Rankin representing the Benchers of the Law Society of British Columbia** *Respondents*;

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General of Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of New Brunswick, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General of Saskatchewan, the Attorney General of Alberta, Prepaid Legal Services Program of Canada** *Interveners*.

File Nos.: 16298 and 16299.

1981: May 25, 26 and 27; 1982: August 9.

**Le procureur général du Canada, la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, L.A. Couture, en sa qualité de président intérimaire de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, et Robert J. Bertrand, en sa qualité de directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions** *Appelants*;

et

**The Law Society of British Columbia et Victor McCallum** *Intimés*;

et

**Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, the Law Society of Upper Canada, Federation of Law Societies of Canada/ Fédération des professions juridiques du Canada, Prepaid Legal Services Program of Canada** *Intervenants*;

et entre

**Donald Jabour** *Appelant*;

et

**The Law Society of British Columbia et Harry Rankin représentant les Benchers de la Law Society of British Columbia** *Intimés*; *Intimés*;

et

**Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, Prepaid Legal Services Program of Canada** *Intervenants*.

N^os du greffe: 16298 et 16299.

1981: 25, 26 et 27 mai; 1982: 9 août.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Courts — Jurisdiction — Provincial superior courts — Power to declare federal statute ultra vires — Nature of exclusive powers of Federal Court (Trial Division) to grant injunctive and declaratory relief — Constitutional Act, 1867, ss. 91(2), 91(27), 92(15), 96, 100, 101 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 17, 18.*

*Combines — Provincial law society — Advertising restrictions — Whether or not Combines Investigation Act applicable to restrictions — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 2, 8, 17(1), 32.*

*Civil rights — Freedom of speech — Law society restrictions as to advertising — Whether restrictions imposed under valid provincial law — Whether restrictions on member's right to advertise a violation of right to freedom of speech — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 2, 8, 17(1), 32 — Legal Professions Act, R.S.B.C. 1960, c. 214 (now Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, c. 26), ss. 1, 2(3), 36, 36A, 37, 43, 48(b), 62.*

The Law Society of British Columbia initiated steps to discipline Jabour, a member who had advertised his practice contrary to the Society's rules, for "conduct unbecoming a member". In the B.C. Supreme Court, Jabour sought: 1) a declaration that the Law Society's rulings and orders were null and void because they offended the *Combines Investigation Act* and infringed upon Jabour's freedom of speech; and 2) an interlocutory injunction restraining the Law Society from proceeding pending the Court's determination of the issues raised. The request for the interlocutory injunction was rejected. The Law Society's Discipline Committee found Jabour guilty and recommended suspension of his licence to practice. Jabour, however, successfully sought an order enjoining the Law Society from considering the Committee's report pending disposition of the Court action. The order was sustained on appeal.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

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

*Tribunaux — Compétence — Cours supérieures des provinces — Pouvoir de déclarer une loi fédérale ultra vires — Nature des pouvoirs exclusifs de la Cour fédérale (Division de première instance) de délivrer des injonctions et de rendre des jugements déclaratoires — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2), 91(27), 92(15), 96, 100, 101 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 2, 17, 18.*

*Coalitions — Barreau d'une province — Restrictions imposées sur la publicité — Applicabilité de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions à ces restrictions — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 2, 8, 17(1), 32.*

*Libertés publiques — Liberté d'expression — Restrictions imposées par un barreau sur la publicité — Les restrictions ont-elles été imposées en vertu d'une loi provinciale valide? — La restriction du droit d'un membre de faire de la publicité constitue-t-elle une violation du droit à la liberté d'expression? — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 2, 8, 17(1), 32 — Legal Professions Act, R.S.B.C. 1960, chap. 214 (maintenant la Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, chap. 26), art. 1, 2(3), 36, 36A, 37, 43, 48b), 62.*

La Law Society of British Columbia (ci-après appelée «l'Association») a fait des démarches en vue de prendre des mesures disciplinaires pour «conduite indigne d'un membre» contre Jabour, un membre qui avait enfreint les règles de l'Association en faisant de la publicité sur les services qu'il offrait. En Cour suprême de la Colombie-Britannique, Jabour a demandé: 1) un jugement déclarant que les règles et les ordonnances de l'Association sont nulles et non avenues parce qu'elles enfreignent la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et portent atteinte à sa liberté d'expression; et 2) une injonction interlocutoire empêchant l'Association de continuer ses procédures en attendant que les cours statuent sur les questions soulevées. La demande d'injonction interlocutoire a été rejetée. Le comité de discipline de l'Association a reconnu Jabour coupable et a recommandé la suspension de son permis d'exercer. Jabour a toutefois demandé, avec succès, une injonction empêchant l'Association d'examiner le rapport du comité en attendant l'issue de l'action devant les tribunaux. En appel, l'injonction a été confirmée.

The Law Society started an action in the British Columbia Supreme Court after it received a notice of investigation under the *Combines Investigation Act*. The action sought: 1) an injunction preventing the Director from continuing with the inquiry relating to the Law Society and 2) declarations that the *Combines Investigation Act* did not apply to the Law Society, and if it did, that that Act was *ultra vires* Parliament to that extent.

*Held*: The appeals should be dismissed.

The British Columbia courts have jurisdiction to entertain the claims for declarations relating to the applicability of the *Combines Investigation Act* to the Society and its members. Although Parliament might establish a court for the better administration of the laws of Canada, it lacks the constitutional authority to strip the provincial superior courts of the power to declare a federal statute beyond Parliament's competence. These courts occupy a position of prime importance in the constitutional pattern of this country and their power to consider the constitutionality of federal statutes is fundamental to the federal system established by the Constitution. Section 101 cannot justify such an exclusion of authority. Moreover, the British Columbia courts have jurisdiction to entertain a plea for injunction on these proceedings instituted under the *Combines Investigation Act* because it is a remedy ancillary to the court's principal determination and a part of the court's inherent general jurisdiction.

Section 32 of the *Combines Investigation Act* did not apply to the Law Society in the circumstances of this appeal. The Benchers' disciplining Jabour for advertising was authorized by the *Legal Professions Act*. That Act caused the discipline committee to be established, authorized disciplinary action for "conduct unbecoming a member of the society", and broadly defined that conduct to include "any matter, conduct or thing ... deemed in the judgment of the Benchers to be contrary to the best interests of the public or of the legal profession." The Benchers, in agreeing that Jabour was guilty of professional misconduct, did not conspire contrary to s. 32(1) of the *Combines Investigation Act*. Rather, they were discharging their duties under a valid provincial act. Where a federal statute can be properly interpreted so as not to interfere with a provincial statute, that interpretation is to be applied in preference to other constructions that would bring about a conflict between the two statutes. The defence, created by s. 32(6), dealing with conspiracy in relation to service or stan-

Après avoir reçu un avis d'enquête conformément à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, l'Association a intenté en Cour suprême de la Colombie-Britannique une action visant à obtenir: 1) une injonction empêchant le directeur de poursuivre l'enquête sur l'Association, et 2) un jugement déclarant que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne s'applique pas à elle et que, si elle s'applique, la Loi est dans cette mesure *ultra vires* du Parlement.

*Arrêt*: Les pourvois sont rejetés.

Les cours de la Colombie-Britannique ont compétence pour entendre les demandes de déclaration concernant l'applicabilité de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* à l'Association et à ses membres. Bien que le Parlement puisse établir un tribunal pour la meilleure exécution des lois du Canada, la Constitution ne l'investit pas du pouvoir de dépouiller les cours supérieures des provinces du pouvoir de déclarer qu'une loi fédérale outrepasse la compétence du Parlement. Ces cours occupent une position de premier plan à l'intérieur du régime constitutionnel de ce pays et leur pouvoir d'examiner la constitutionnalité des lois fédérales est fondamental dans le régime fédéral établi par la Constitution. L'article 101 ne peut servir de justification pour leur enlever ce pouvoir. De plus, dans ces procédures engagées en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, les cours de la Colombie-Britannique ont compétence pour entendre une demande d'injonction parce qu'il s'agit d'un redressement qui est accordé accessoirement à la décision principale de la cour et qui fait partie de la compétence générale inhérente à celle-ci.

L'article 32 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne s'applique pas à l'Association dans les circonstances de ce pourvoi. La *Legal Professions Act* autorise les Benchers à prendre des mesures disciplinaires contre Jabour pour avoir fait de la publicité. Cette loi prévoit la création d'un comité de discipline, autorise des mesures disciplinaires à l'égard de toute «conduite indigne d'un membre de l'Association», et donne à ce type de conduite une définition de vaste portée comprenant «toute affaire, conduite ou chose que les Benchers estiment contraire aux intérêts du public ou du barreau». Les Benchers, en se concertant pour conclure que Jabour a commis une faute professionnelle, n'ont pas participé à un complot contrairement au par. 32(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Loin de là, car ils se sont acquittés des obligations que leur impose une loi provinciale valide. Chaque fois qu'on peut légitimement interpréter une loi fédérale de manière qu'elle n'entre pas en conflit avec une loi provinciale, il faut appliquer cette interprétation

dards of competence reasonably necessary to protect the public in the practice of a profession, did not expand the charging section or otherwise fundamentally change the plain meaning of the section's main operating provision. It was not necessary to consider whether the *Combines Investigation Act* was *intra vires* Parliament.

Appellant's right to freedom of speech was not violated by the Bencher's ruling. This freedom, absent constitutional entrenchment placing it beyond the reach of Parliament or the Legislature, can be curtailed by valid statute law. The ethical, moral and financial aspects of a trade or profession can be regulated by a province within its boundaries. The Benchers' ruling here was exercised under valid provincial law and the fact that it reduced a member's right to freedom of economic speech (advertising) did not invalidate this otherwise validly delegated power.

*R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et al.*, [1980] 1 S.C.R. 695; *Ontario Boys' Wear Ltd. et al. v. The Advisory Committee et al.*, [1944] S.C.R. 349; *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198; *Attorney General (Can.) and Dupond v. Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770, applied; *Merchant v. Benchers of the Law Society of Saskatchewan*, [1973] 2 W.W.R. 109; *Pharmaceutical Society of Great Britain v. Dickson*, [1967] 2 All E.R. 558 (C.A.), affirmed [1968] 2 All E.R. 686 (H.L.); *R. v. Chung Chuck*, [1929] 1 D.L.R. 756; *R. v. Can. Breweries Ltd.*, [1960] O.R. 601, considered; *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410; *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *R. v. Bradley*, [1914] S.C.R. 270; *Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1; *Attorney General of Canada et al. v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170; *Denison Mines Limited v. Attorney General of Canada* (1972), 32 D.L.R. (3d) 419; *City of Hamilton v. Hamilton Harbour Commissioners*, [1972] 3 O.R. 61; *British Columbia Power Corporation, Ltd. v. British Columbia Electric Company, et al.*, [1962] S.C.R. 642; *Re Bridgman and City of Toronto*, [1951] O.R. 489; *R. v. Shamrock Fuel Co.*, [1924] 3 W.W.R. 454; *R. v. Simoneau* (1935), 65 C.C.C. 19; *Cherry v. The King ex rel. Wood* (1937), 69 C.C.C. 219; *Goldfarb v. Virginia State Bar* (1975), 421 U.S. 773; *Bates v. State Bar of Arizona* (1977), 433 U.S. 350; *Parker v.*

de préférence à toute autre qui entraînerait un conflit. Le moyen de défense que crée le par. 32(6) lorsque le complot porte sur le service ou sur les normes de compétence raisonnablement nécessaires à la protection du public dans l'exercice d'une profession, n'étend pas la portée de l'article constitutif de l'infraction ni ne modifie de façon fondamentale le sens manifeste du dispositif de l'article. Point n'est besoin en l'espèce d'examiner si la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est *intra vires* du Parlement.

La règle adoptée par les Benchers ne porte nullement atteinte au droit de l'appelant à la liberté d'expression. Cette liberté, si elle n'est pas enchâssée dans la Constitution et ainsi mise hors de la portée du Parlement ou des législatures, est susceptible de limitation par une loi valide. Une province est autorisée à réglementer les aspects moraux et financiers d'un commerce exploité ou d'une profession exercée à l'intérieur de ses frontières. La règle adoptée par les Benchers en l'espèce l'a été en vertu d'une loi provinciale valide, et le fait que cela a pu apporter une restriction au droit d'un membre à la liberté d'expression en matière commerciale (la publicité) n'invalide pas ce pouvoir par ailleurs validement conféré au moyen d'une délégation.

Jurisprudence: arrêts appliqués: *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et autre*, [1980] 1 R.C.S. 695; *Ontario Boys' Wear Ltd. et al. c. The Advisory Committee et al.*, [1944] R.C.S. 349; *Renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198; *Procureur général (Can.) et Dupond c. Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770; arrêts examinés: *Merchant v. Benchers of the Law Society of Saskatchewan*, [1973] 2 W.W.R. 109; *Pharmaceutical Society of Great Britain v. Dickson*, [1967] 2 All E.R. 558 (C.A.), confirmé par [1968] 2 All E.R. 686 (H.L.); *R. v. Chung Chuck*, [1929] 1 D.L.R. 756; *R. v. Can. Breweries Ltd.*, [1960] O.R. 601; arrêts mentionnés: *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410; *Thorson c. Le procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *R. c. Bradley*, [1914] R.C.S. 270; *Valin c. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1; *Procureur général du Canada et autre c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170; *Denison Mines Limited v. Attorney General of Canada* (1972), 32 D.L.R. (3d) 419; *City of Hamilton v. Hamilton Harbour Commissioners*, [1972] 3 O.R. 61; *British Columbia Power Corporation, Ltd. c. British Columbia Electric Company, et al.*, [1962] R.C.S. 642; *Re Bridgman and City of Toronto*, [1951] O.R. 489; *R. v. Shamrock Fuel Co.*, [1924] 3 W.W.R. 454; *R. v. Simoneau* (1935), 65 C.C.C. 19; *Cherry v. The King ex rel. Wood* (1937), 69 C.C.C. 219; *Goldfarb v. Virginia State Bar* (1975), 421 U.S. 773; *Bates v. State Bar of*

*Brown* (1943), 317 U.S. 341; *Reference re Alberta Statutes*, [1930] S.C.R. 100, referred to.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (*Law Society of British Columbia et al. v. Attorney-General of Canada et al.*) (1980), 108 D.L.R. (3d) 753, 18 B.C.L.R. 181, [1980] 4 W.W.R. 6, dismissing an appeal from a judgment of Mackoff J. dismissing an application to strike out the writ of summons and to dismiss the action for want of jurisdiction. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (*Jabour v. Law Society of British Columbia et al.*) (1980), 115 D.L.R. (3d) 549, 24 B.C.L.R. 1, [1981] 2 W.W.R. 159, allowing an appeal from a judgment of Mackoff J. relating to the Law Society's power to regulate advertising and the applicability of the *Combines Investigation Act*. Appeal dismissed.

Counsel at hearings: *Attorney General of Canada et al. v. Law Society of British Columbia and Victor McCallum.*

*W. I. C. Binnie, Q.C., L. A. W. Hunter*, and *Morris Rosenberg*, for the appellants.

*D. M. M. Goldie, Q.C., D. G. S. Rae* and *W. S. Martin*, for the respondents.

*Lorraine E. Weinrit* and *John Cavarzan, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Henri Brun*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Bruce Judah*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

*E. R. A. Edwards*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*John D. Whyte*, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

*William Henkel, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Arizona* (1977), 433 U.S. 350; *Parker v. Brown* (1943), 317 U.S. 341; *Renvoi relatif aux lois de l'Alberta*, [1930] R.C.S. 100.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (*Law Society of British Columbia et al. v. Attorney-General of Canada et al.*) (1980), 108 D.L.R. (3d) 753, 18 B.C.L.R. 181, [1980] 4 W.W.R. 6, qui a rejeté un appel contre un jugement du juge Mackoff rejetant une demande de radiation du bref d'assignation et de rejet de l'action pour incompétence. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (*Jabour v. Law Society of British Columbia et al.*) (1980), 115 D.L.R. (3d) 549, 24 B.C.L.R. 1, [1981] 2 W.W.R. 159, qui a accueilli un appel contre un jugement du juge Mackoff portant sur le pouvoir de l'Association de réglementer la publicité et sur l'applicabilité de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Pourvoi rejeté.

Avocats aux audiences: *Le procureur général du Canada et autres c. Law Society of British Columbia et Victor McCallum.*

*W. I. C. Binnie, c.r., L. A. W. Hunter*, et *Morris Rosenberg*, pour les appelants.

*D. M. M. Goldie, c.r., D. G. S. Rae* et *W. S. Martin*, pour les intimés.

*Lorraine E. Weinrit* et *John Cavarzan, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Henri Brun*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Bruce Judah*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*E. R. A. Edwards*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*John D. Whyte*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*William Henkel, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Brendan O'Brien, Q.C.*, for the intervener the Law Society of Upper Canada.

*Marcel Cinq-Mars, Q.C.*, and *E. Neil McKelvey, Q.C.*, for the Federation of Law Societies of Canada.

*Ian G. Scott, Q.C.*, for the intervener Prepaid Legal Services Program of Canada.

Counsel at hearings: *Donald Jabour v. The Law Society of British Columbia et al.*

*Bryan Williams*, *Emilio S. Binavince*, and *Michael Mangan*, for the appellants.

*W. I. C. Binnie, Q.C.*, and *L. A. W. Hunter*, for the respondents.

*J. A. Macaulay* and *A. D. Treleaven*, for the interveners the Law Society of British Columbia et al.

*Morris Rosenberg*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Lorraine E. Weinrit*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Henri Brun*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Bruce Judah*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

*E. R. A. Edwards*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*John D. Whyte*, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

*William Henkel, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—These two appeals are concerned with the answer to a series of questions settled by orders of this Court, some raising constitutional issues. These questions are as follows:

A. The action instituted by the Law Society of British Columbia:

1. Does the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 as amended, apply to the Law

*Brendan O'Brien, c.r.*, pour l'intervenante la Law Society of Upper Canada.

*Marcel Cinq-Mars, c.r.*, et *E. Neil McKelvey, c.r.*, pour la Fédération des professions juridiques du Canada.

*Ian G. Scott, c.r.*, pour l'intervenant Prepaid Legal Services Program of Canada.

Avocats aux audiences: *Donald Jabour c. The Law Society of British Columbia et autre.*

*Bryan Williams*, *Emilio S. Binavince* et *Michael Mangan*, pour les appelants.

*W. I. C. Binnie, c.r.*, et *L.A.W. Hunter*, pour les intimés.

*J. A. Macaulay* et *A. D. Treleaven*, pour les intervenants la Law Society of British Columbia et autres.

*Morris Rosenberg*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Lorraine E. Weinrit*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Henri Brun*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Bruce Judah*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*E. R. A. Edwards*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*John D. Whyte*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*William Henkel, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—Ces deux pourvois visent à obtenir des réponses à une série de questions, dont certaines dans le domaine constitutionnel, formulées dans des ordonnances de cette Cour. Ces questions sont les suivantes:

A. L'action intentée par la Law Society of British Columbia (ci-après appelée «l'Association»):

1. La *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23 et modifications, s'ap-

Society of British Columbia, its governing body or its members?

2. If the *Combines Investigation Act* does apply, is it in that respect *intra vires* the Parliament of Canada?

These questions were not in terms put before the learned trial judge but were answered in substance as below indicated.

3. Does the Federal Court, Trial Division, have exclusive jurisdiction to grant declaratory or injunctive relief against the Attorney General of Canada, The Restrictive Trade Practices Commission, the Chairman of the said commission, and the Director of Investigation and Research, in connection with:

i) the interpretation or

ii) constitutional applicability of the Combines Investigation Act to the Law Society of British Columbia, its governing body or its members?

This question was the object of interlocutory procedures and was answered in the negative in both courts below.

B. The proceedings instituted by Donald Jabour:

(No. 1—same as in Law Society action)

1. Does the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 as amended, apply to the Law Society of British Columbia, its governing body or its members?

(No. 2—essentially same as in Law Society action)

2. If the *Combines Investigation Act* does apply, is it in that respect valid Federal legislation under the Criminal law and/or the Trade and Commerce Powers contained in Section 91(27) and 91(2) respectively of the *British North America Act*, (U.K.) 30 and 31 Victoria c. 3 and amendments thereto?

3. Does the ruling of the Benchers of the Law Society of British Columbia prohibiting the

plique-t-elle à la Law Society of British Columbia, à son conseil d'administration ou à ses membres?

2. Si la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* s'applique, est-elle à cet égard *intra vires* du Parlement du Canada?

Bien que ces questions n'aient pas été expressément posées au savant juge de première instance, il y a répondu en substance de la façon indiquée plus loin.

3. La Division de première instance de la Cour fédérale a-t-elle compétence exclusive pour accorder un jugement déclaratoire ou une injonction à l'encontre du procureur général du Canada, de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, de son président et du directeur des enquêtes et recherches relativement:

i) à l'interprétation ou

ii) à la constitutionnalité de l'application de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions à la Law Society of British Columbia, à son conseil d'administration ou à ses membres?

Cette question a fait l'objet de procédures interlocutoires et les deux cours d'instance inférieure y ont répondu par la négative.

B. Les procédures engagées par Donald Jabour:

(La question nº 1 est la même que dans l'action intentée par l'Association)

1. La *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23 et modifications, s'applique-t-elle à The Law Society of British Columbia, à son conseil d'administration ou à ses membres?

(La question nº 2 est essentiellement la même que dans l'action intentée par l'Association.)

2. Si la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* s'applique, constitue-t-elle à cet égard une loi fédérale valide en vertu des pouvoirs en matière de droit criminel et d'échanges et de commerce, ou de l'un ou l'autre de ces pouvoirs, contenus respectivement aux paragraphes 91(27) et 91(2) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, (R.-U.) 30 et 31 Victoria, chap. 3 et modifications?

3. La règle adoptée par les Benchers de la Law Society of British Columbia, qui interdit à l'appe-

Appellant from informing the public about the type and cost of legal services provided, violate the Appellant's right to freedom of speech in Canada?

Question one, which is common to both actions, the learned trial judge answered as follows:

There being no specific implicit authorization in the Legal Professions Act for the defendants to impose what this Court has found to be a blanket restraint, tantamount to a complete prohibition of advertising by members of the Law Society to the public at large, the Combines Investigation Act does apply to the defendants.

The Court of Appeal of British Columbia answered the question in the negative, finding that the *Combines Investigation Act*, *supra*, does not apply to the conduct of the Society relating to the advertising by the appellant Jabour.

The second question, which in substance is also common to the two actions, is answered:

(a) by the trial judge in the negative, that is to say the *Combines Investigation Act* is not *ultra vires* as it purports to apply to the Law Society; and

(b) by the Court of Appeal, having found that the *Combines Investigation Act* does not apply to the Law Society, concluded that it was unnecessary to answer this question.

On the third question in the Law Society action both courts found jurisdiction in the British Columbia Supreme Court to entertain the action for a declaration and that ss. 17 and 18 of the *Federal Court Act* did not oust such jurisdiction. The constitutionality of these sections was not found to be an issue for determination in either court.

The third question in the Jabour action relates to the alleged infringement by the Law Society of the appellant Jabour's right of freedom of speech. The trial judge, having found that the Law Society action taken with respect to the advertising activities by Jabour was unauthorized by the provincial

lant d'informer le public du genre de services juridiques assurés et de leur coût, viole-t-elle le droit de l'appelant à la liberté d'expression au Canada?

A la question n° 1, commune aux deux actions, le savant juge de première instance a donné la réponse suivante:

[TRADUCTION] Comme la Legal Professions Act n'habilite pas, de façon expresse ou implicite, les défendeurs à imposer ce que cette cour estime être une restriction générale qui équivaut à une interdiction totale aux membres de l'Association de faire de la publicité destinée au grand public, la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions s'applique aux défendeurs.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a répondu à la question par la négative, concluant que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, précitée, ne s'applique pas à la conduite de l'Association relativement à la publicité faite par l'appelant Jabour.

Quant à la deuxième question qui, elle aussi, est en substance commune aux deux actions:

a) le juge de première instance y a répondu par la négative, c'est-à-dire que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* n'est pas *ultra vires* dans la mesure où elle est censée s'appliquer à l'Association; et

b) la Cour d'appel, ayant jugé la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* inapplicable à l'Association, a conclu qu'il était inutile d'y répondre.

Pour ce qui est de la troisième question dans l'action de l'Association, l'une et l'autre cours ont conclu que la Cour suprême de la Colombie-Britannique avait compétence pour connaître de la demande de jugement déclaratoire et que les art. 17 et 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* n'écartaient pas cette compétence. Ni l'une ni l'autre cour n'a estimé que la constitutionnalité de ces articles était en cause.

La troisième question dans l'action de Jabour se rapporte à ce qu'on prétend être la violation par l'Association du droit de l'appelant Jabour à la liberté d'expression. Ayant conclu que la loi provinciale n'autorise pas les mesures prises par l'Association relativement à la publicité faite par

statute, considered it was unnecessary to answer this question. The Court of Appeal decided that the Benchers had the right in law "to ban" the activity in question by Jabour and thus the issue of freedom of speech did not arise.

The Law Society is an institution established under the *Legal Professions Act*, R.S.B.C. 1960, c. 214 (now the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26). (For convenience I will follow the practice of the Court of Appeal and continue to refer to the section numbers of the old Act.) Its membership comprises all those persons called to the Bar in British Columbia who have remained in good standing under the Act and applicable regulations, together with retired members. The Society is governed by the Benchers, being twenty-three members elected by the membership together with the Attorney General of the province as an *ex officio* member, and persons who have been elected and re-elected for a period of time prescribed by the statute who remain Benchers so long as they continue to be members of the Society. By subs. 2(3) "Every member of the Society admitted as a solicitor of the Supreme Court is an officer of all the Courts of the Province". By s. 36 of the Act the Benchers are directed to "govern and administer the affairs of the Society" and, in particular, to provide for the printing of legal decisions in the courts; to take "such action ... as they may consider necessary for the promotion, protection, interest, or welfare of the Society"; and to "establish and maintain a system of legal education ...." By s. 36A the Benchers are directed by the statute to continue in force the insurance fund required for the payment of group insurance contract premiums and to make rules respecting the levy upon members of the Society of annual assessments for the maintenance of such insurance fund and the payment of premiums in respect of group insurance contracts relating thereto, all to the end no doubt of protecting the public from loss and/or damage due to errors and omissions on the part of members of the profession acting in the course of the practice of law.

Jabour, le juge de première instance a estimé qu'il n'était pas nécessaire de répondre à cette question. La Cour d'appel pour sa part a décidé que les Benchers ont le droit d'«interdire» l'activité en question de Jabour et que, par conséquent, la question de la liberté d'expression ne se pose pas.

L'Association est une institution établie sous le régime de la *Legal Professions Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 214 (maintenant la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 26). (Par souci de commodité, je garde la numérotation des articles qui figure dans l'ancienne loi, comme l'a fait la Cour d'appel.) Font partie de l'Association tous les membres en règle, aux termes de la Loi et des règlements applicables, du barreau de la Colombie-Britannique ainsi que les membres retraités. L'Association est administrée par les Benchers, un groupe composé de vingt-trois membres de l'Association élus par l'ensemble des membres, du procureur général de la province en sa qualité de membre d'office et des personnes élues et réélues pour une période prescrite par la Loi, lesquelles demeurent Benchers tant qu'elles continuent d'être membres de l'Association. Aux termes du par. 2(3), [TRADUCTION] «Tout membre de l'Association admis à titre de procureur auprès de la Cour suprême est officier de toutes les cours de la province». Suivant l'article 36 de la Loi, les Benchers doivent [TRADUCTION] «diriger et administrer les affaires de l'Association» et, plus particulièrement, assurer l'impression des décisions judiciaires, prendre [TRADUCTION] «les mesures ... qu'ils peuvent juger nécessaires dans l'intérêt de l'Association ou pour sa promotion, sa protection ou son bien-être» et [TRADUCTION] «établir et maintenir un système d'enseignement du droit ...». Suivant l'art. 36A de la Loi, les Benchers sont tenus de maintenir le fonds d'assurance requis pour le paiement des primes relatives aux polices d'assurance collective et d'établir des règles concernant la perception auprès des membres de l'Association de cotisations annuelles destinées au maintien de ce fonds d'assurance et au paiement des primes relativement aux polices d'assurance collective qui s'y rapportent, ce qui vise sans doute à protéger le public contre toute perte ou tout dommage découlant d'erreurs et d'omissions de la part d'avocats dans l'exercice de leur profession.

The Legislature by s. 37 empowered the Benchers to make rules concerning the maintenance of the Society's standards and honour and for the protection and well-being of those engaged in the practice of law in the province; for enrolling articled students and calling persons to the Bar of the province and admitting persons as a solicitor of the Supreme Court of British Columbia; for providing for precautions to be taken by members for the care of clients' funds or other trust funds or property; and for the implementation of the insurance fund program, and the general discharge by the Society of its duties under the statute. By s. 43 *et seq.* the Benchers are directed to establish a discipline committee for the investigation into the conduct or competence of members and for determining:

> ... whether a member or former member has been guilty of
>
> (i) misappropriation or wrongful conversion by him of money or other property entrusted to or received by him in his capacity as a member of the Society; or
>
> (ii) other professional misconduct; or
>
> (iii) other conduct unbecoming a member of the Society; or
>
> (iv) a breach of any provision of this Act or the Rules made hereunder.
>
> [s. 48(b)]

By s. 1 "conduct unbecoming a member of the Society" includes:

> any matter, conduct, or thing that is deemed in the judgment of the Benchers to be contrary to the best interest of the public or of the legal profession, or that tends to harm the standing of the legal profession.

From action taken by the Benchers and their Discipline Committee, an appeal lies to the Court of Appeal of the province. Reference should be made to s. 71 of the Act which requires the Benchers to continue the "Special Fund" established for the reimbursement of:

> pecuniary losses sustained by any person by reason of the misappropriation or wrongful conversion by a member of the Society ... of money or other property entrusted to or received by him in his capacity as such ...

A l'article 37, le législateur confère aux Benchers le pouvoir d'établir des règles visant le maintien des normes de l'Association et la préservation de son honneur, la protection et le bien-être des personnes qui exercent le droit dans la province, l'inscription des étudiants stagiaires, l'admission au barreau de la province et l'admission à titre de procureur auprès de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, les précautions que doivent prendre les membres dans la gestion des fonds de leurs clients ou d'autres fonds ou biens en fidéicommis, la mise en oeuvre du programme de fonds d'assurance et l'exercice général par l'Association des fonctions que lui attribue la Loi. Les articles 43 et suiv. imposent aux Benchers l'obligation d'établir un comité de discipline chargé d'enquêter sur la conduite ou la compétence de membres et de déterminer:

> [TRADUCTION] ... si un membre ou un ancien membre s'est rendu coupable
>
> (i) de détournement ou d'appropriation illégale de fonds ou d'autres biens qui lui ont été confiés ou qu'il a reçus en sa qualité de membre de l'Association;
>
> (ii) de toute autre faute professionnelle;
>
> (iii) de toute autre conduite indigne d'un membre de l'Association; ou
>
> (iv) d'une infraction à une disposition de la présente loi ou aux règles établies sous son régime.
>
> [al. 48b)]

Aux termes de l'art. 1, une «conduite indigne d'un membre de l'Association» comprend:

> [TRADUCTION] toute affaire, conduite ou chose que les Benchers estiment contraire aux intérêts du public ou du barreau ou qui tend à nuire à la réputation du barreau.

On peut interjeter appel devant la Cour d'appel de la province contre toute mesure prise par les Benchers et leur comité de discipline. Il convient de mentionner l'art. 71 de la Loi qui exige que les Benchers maintiennent le «fonds spécial» destiné au remboursement des:

> [TRADUCTION] pertes pécuniaires subies par toute personne en raison du détournement ou de l'appropriation illégale par un membre de l'Association ... de fonds ou d'autres biens qui lui ont été confiés ou qu'il a reçus en sa qualité de membre ...

In related sections of the Act provision is made for the protection of the public by the seizure of moneys and properties in the possession of a member of the Society when disbarred, suspended, or where the member appears to have absconded.

Related to the activities of the Benchers under the Act is the establishment of the "Law Foundation" by s. 71E *et seq.* for the purpose of establishing and maintaining:

> ... a fund to be used for the purpose of legal education, legal research, legal aid, law reform, and the establishment, operation, and maintenance of law libraries.
>
> [s. 71G(1)]

The Board of Governors of the Foundation comprises eighteen members of which twelve are members of the Law Society appointed by the Benchers and the remainder are appointed either by the Attorney General or the Canadian Bar Association. Into this Foundation is paid by reason of other provisions in the statute, interest accumulations on trust accounts maintained by lawyers for the holding of clients' moneys. The ordinary solicitor-client relationship and responsibilities are set aside in this context by the statute and the moneys are made, by operation of law, the property of the Foundation to be applied to the discharge of the above objects.

I will return to other provisions of the statute relating to the taxation of solicitors bills later in these reasons.

In the discharge of their functions the statute accords to the Benchers and its committees powers under the *Public Inquiries Act*, R.S.B.C. 1960, c. 315. The statute expressly protects members of the Benchers from action for anything done in their capacity as Benchers so long as it is done in good faith.

Des articles connexes de la Loi prévoient la protection du public par la saisie de fonds et de biens en la possession d'un membre de l'Association lorsque celui-ci est radié du barreau ou suspendu ou lorsqu'il semble avoir disparu.

L'établissement de la [TRADUCTION] «Fondation d'études juridiques» par les art. 71E et suiv. s'inscrit dans le cadre des activités des Benchers prévues par la Loi. La Fondation a pour objet l'établissement et le maintien:

> [TRADUCTION] ... d'un fonds destiné à l'enseignement du droit, à la recherche juridique, à l'aide juridique, à la réforme du droit, ainsi qu'à l'établissement, à l'administration et au maintien de bibliothèques de droit.
>
> [par. 71G(1)]

Le conseil d'administration de la Fondation se compose de dix-huit personnes dont douze membres de l'Association nommés par les Benchers; le reste est nommé soit par le procureur général, soit par l'Association du Barreau canadien. Suivant d'autres dispositions de la Loi, sont versés à la Fondation les intérêts courus des comptes de fiducie maintenus par les avocats pour la garde des fonds de leurs clients. Dans ce contexte, la loi fait abstraction des rapports habituels entre avocat et client et des responsabilités qui s'y rattachent et s'applique de manière que les fonds deviennent la propriété de la Fondation pour être affectés à la réalisation des objets susmentionnés.

Je reviendrai plus loin sur d'autres dispositions de la Loi relatives à la taxation des comptes d'avocats.

Pour l'exercice de leurs fonctions, la Loi accorde aux Benchers et à ses comités des pouvoirs en vertu de la *Public Inquiries Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 315. Elle protège expressément les Benchers contre des poursuites pour tout acte accompli en leur qualité de Benchers, pourvu qu'ils aient agi de bonne foi.

Law societies in other provinces * are similarly established by statute and have the same general self-governing authority and characteristics as the Law Society here. Sometimes the rule-making function is subject to confirmation by the Lieutenant Governor in Council (*vide The Law Society Act*, R.S.O. 1970, c. 238, s. 55); sometimes the Attorney General as a member of the Benchers is directed to "serve as guardian of the public interest in all matters within the scope of this Act or having to do with the legal profession in any way ..." (*ibid.*, s. 13(1)). There are other variations and differences which have no relevance to these appeals.

The appellant Jabour, a member of the Law Society of British Columbia had some correspondence with the Benchers in connection with his practice of law. The advertising consisted of four advertisements in local newspapers in and around Vancouver and the installation of an illuminated sign measuring three feet in height by sixteen feet in length on the exterior of the office building in which his office is located. The newspaper article took the following form:

DONALD E. JABOUR
Barrister & Solicitor wishes to
announce the opening of a new
concept of law office

LEGAL SERVICES AT PRICES
MIDDLE INCOME FAMILIES
can afford

Buying or selling a home. Writing a will.
Motor vehicle accidents or offences.
Landlord/tenant problems. Family matters.
Incorporations. Estates. Court appearances.

* *The Law Society Act*, 1977, (Nfld.), c. 77; *The Law Society and Legal Profession Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. L-9; *Barristers and Solicitors Act*, R.S.N.S., 1967, c. 18; *Barristers' Society Act*, 1973 (N.B.), c. 80; *Professional Code*, R.S.Q. 1977, c. C-26; *An Act Respecting the Barreau du Québec*, R.S.Q. 1977, c. B-1; *Notarial Act*, R.S.Q. 1977, c. N-2; *The Law Society Act*, S.M. c. L100; *The Legal Profession Act*, R.S.S., 1978, c. L-10; *The Legal Profession Act*, R.S.A. 1970, c. 203.

Les associations d'avocats des autres provinces * ont également été constituées par voie législative et elles possèdent la même autonomie générale et les mêmes caractéristiques que l'Association en l'espèce. Dans certains cas, la fonction d'établissement de règles est assujettie à la confirmation du lieutenant-gouverneur en conseil (voir *The Law Society Act*, R.S.O. 1970, chap. 238, art. 55); dans d'autres cas, le procureur général en sa qualité de Bencher doit [TRADUCTION] «agir comme défenseur de l'intérêt public dans toutes les questions qui relèvent de la présente loi ou qui concernent de quelque manière le barreau ...» (*ibid.*, par. 13(1)). Il y a d'autres variantes et différences qui ne nous intéressent pas en l'espèce.

L'appelant Jabour, membre de l'Association, avait eu un échange de correspondance avec les Benchers relativement à sa façon d'exercer le droit. La publicité en cause comportait quatre annonces publiées dans des journaux locaux à Vancouver et dans ses environs et une enseigne illuminée mesurant trois pieds de haut sur seize de long, installée à l'extérieur de l'immeuble à bureaux où se trouve le cabinet de Jabour. Les annonces dans les journaux se présentaient comme suit:

[TRADUCTION] DONALD E. JABOUR,
avocat, annonce
l'inauguration d'un cabinet
juridique d'un genre nouveau

SERVICES JURIDIQUES A LA
PORTEE DES FAMILLES A REVENU
MOYEN

Vente ou achat d'une maison. Rédaction d'un
testament. Accidents d'automobile ou infractions
au *Code de la route*. Problèmes entre
propriétaires et locataires. Questions
d'ordre familial. Constitutions en société.
Successions. Comparutions en justice.

* *The Law Society Act*, 1977 (T.-N.), chap. 77; *The Law Society and Legal Profession Act*, R.S.P.E.I. 1974, chap. L-9; la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 18; la *Loi sur l'Association des avocats*, 1973 (N.-B.), chap. 80; le *Code des professions*, L.R.Q. 1977, chap. C-26; la *Loi sur le Barreau*, L.R.Q. 1977, chap. B-1; la *Loi sur le notariat*, L.R.Q. 1977, chap. N-2; *The Law Society Act*, S.M., chap. L100; *The Legal Profession Act*, R.S.S. 1978, chap. L-10; *The Legal Profession Act*, R.S.A. 1970, chap. 203.

These are the kinds of situations where middle income families need legal assistance. Now it is available at moderate cost, with pre-set fees for many services.

Some sample fees (excluding out-of-pocket expenses):

| | |
|---|---|
| Simple will | $ 35 |
| Uncontested Divorce | from $195 |
| Advice on Interim Agreements | $ 25 |
| Purchase of Home (any value) | $175 |
| Incorporations | from $165 |
| Advice on Consumer Contracts | $ 15 |
| Review your present will | Free |

INITIAL CONSULTATION FREE
Opening February 1st, 1978

The North Shore NEIGHBOURHOOD LEGAL CLINIC
142A W. 15th St., North Vancouver. 936-4225

HOURS: 9 a.m. to 5 p.m. As a convenience to clients we will also be open Wed. Eve. 7 to 9 p.m. Sat. from 10.30 a.m. to 1 p.m.

Call or write for free brochure.

The sign on the building displayed the words "The North Shore Neighbourhood Legal Clinic, Donald E. Jabour, Barrister and Solicitor".

History of Proceedings

These proceedings find their source in the initial steps taken by the Benchers to discipline the appellant Jabour for "conduct unbecoming a member" contrary to s. 48(b)(iii) of the Act by reason of the advertising activities mentioned. The appellant then issued a writ in the Supreme Court of British Columbia seeking a declaration that the rulings and orders of the Law Society were null and void by reason of the provisions of the *Combines Investigation Act* (hereafter for brevity referred to as

Voilà le genre de situations où les familles à revenu moyen ont besoin d'assistance juridique. Cette assistance leur est maintenant offerte à coût modique, les honoraires pour bon nombre de services étant fixés à l'avance.

Voici des exemples d'honoraires (débours non compris):

| | |
|---|---|
| Testament ordinaire | $ 35 |
| Divorce incontesté | à partir de $195 |
| Conseils sur les ententes provisoires | $ 25 |
| Achat d'une maison (quelle qu'en soit la valeur) | $175 |
| Constitutions en société | à partir de $165 |
| Conseils sur les contrats destinés aux consommateurs | $ 15 |
| Examen de votre testament actuel | Gratuit |

PREMIERE CONSULTATION GRATUITE
Ouverture le 1er février 1978

The North Shore NEIGHBOURHOOD LEGAL CLINIC
142A W. 15th St., North Vancouver. 936-4225

HEURES D'AFFAIRES: de 9 h à 17 h. Pour la commodité des clients, le bureau sera également ouvert le mercredi soir de 19 h à 21 h et le samedi de 10 h 30 à 13 h.

Téléphoner ou écrire pour obtenir un dépliant gratuit.

L'enseigne sur l'immeuble affichait les mots «The North Shore Neighbourhood Legal Clinic, Donald E. Jabour, Barrister and Solicitor».

L'historique des procédures

Ces procédures résultent des premières démarches faites par les Benchers en vue de prendre des mesures disciplinaires contre l'appelant Jabour pour «conduite indigne d'un membre» contrairement au sous-al. 48b)(iii) de la Loi, en raison de la publicité susmentionnée. L'appelant a alors délivré un bref en Cour suprême de la Colombie-Britannique dans lequel il demandait d'une part un jugement déclarant que les règles et les ordonnances de l'Association sont nulles et non avenues en raison

the *CIA*) and in violation of the appellant's right to freedom of speech; and an interlocutory injunction to restrain the Law Society from proceeding pending the determination in court of the issues raised by the appellant. This request for an interlocutory order was rejected by Anderson J. of the Trial Division.

The Law Society continued the discipline proceedings before its Discipline Committee. The Committee found the appellant guilty and recommended suspension of licence to practice for a period of six months. The appellant successfully sought an order in the Supreme Court enjoining the Law Society and the Benchers from proceeding with consideration of the Committee's report pending the disposition of the court action. The interlocutory order was sustained on appeal.

Following a sporadic exchange of communications over a two-year period and after the Discipline Committee's report had been issued, the appellant, the Director of the Investigation and Research, commenced an inquiry under the *CIA* into "the Production, Purchase, Sale and Supply of Legal Services and Related Products in the Province of British Columbia". In the notice to the Law Society the Director stated, "The conduct of the Society will be enquired into .... " Earlier letters from the Director of the Law Society had implied that regulation of advertising by the Benchers may have amounted to criminal offences under Part V of the *CIA*. Specifically the letters raised the issue of Law Society compliance with the amended s. 32.

Shortly after the receipt of the Director's Notice of Investigation the Law Society started an action in the Supreme Court of British Columbia in which the Society sought declarations that the *CIA* was not applicable to it or, if it purported to be applicable, the *CIA* was to that extent *ultra vires* the Parliament of Canada; together with an injunction preventing the Director from continuing with the enquiry. The two actions in the Supreme

des dispositions de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* (ci-après appelée, pour plus de concision, la *L.R.E.C.*) et qu'elles violent le droit de l'appelant à la liberté d'expression, et, d'autre part, une injonction interlocutoire empêchant l'Association de continuer ses procédures en attendant que les cours statuent sur les questions soulevées par l'appelant. Le juge Anderson de la Division de première instance a rejeté cette demande d'injonction interlocutoire.

L'Association a continué les procédures disciplinaires devant son comité de discipline. Celui-ci a reconnu l'appelant coupable et a recommandé la suspension pour une période de six mois de son permis d'exercer. L'appelant a demandé, avec succès, à la Cour suprême une injonction empêchant l'Association et les Benchers de continuer l'examen du rapport du comité en attendant l'issue de l'action devant les tribunaux. En appel, l'injonction interlocutoire a été confirmée.

Par suite d'un échange de communications sporadique échelonné sur une période de deux ans et demi et après la présentation du rapport du comité de discipline, l'appelant, le directeur des enquêtes et recherches, a ouvert une enquête en vertu de la *L.R.E.C.* sur [TRADUCTION] «la production, l'achat, la vente et la fourniture de services juridiques et de produits connexes dans la province de la Colombie-Britannique». Dans son avis à l'Association, le directeur a dit: [TRADUCTION] «La conduite de l'Association fera l'objet d'une enquête ...» Des lettres antérieures adressées par le directeur à l'Association avaient donné à entendre que la réglementation de la publicité par les Benchers pouvait aller à l'encontre des dispositions pénales de la partie V de la *L.R.E.C.* Plus précisément, les lettres soulevaient la question du respect du nouvel art. 32 par l'Association.

Peu après la réception de l'avis d'enquête émanant du directeur, l'Association a intenté en Cour suprême de la Colombie-Britannique une action visant à obtenir un jugement déclarant que la *L.R.E.C.* ne s'applique pas à elle ou, que dans la mesure où elle est censée s'appliquer, la *L.R.E.C.* est *ultra vires* du Parlement du Canada. L'Association a demandé en outre une injonction empêchant le directeur de poursuivre l'enquête. La

Court were heard consecutively and the evidence in the first was by agreement applicable in the second. Both courts below disposed of both actions in single judgments.

It should be noted that in addition to the two actions in the Supreme Court of British Columbia, the enquiry under the *CIA*, and the discipline proceedings under the *Legal Professions Act*, it is said in the judgment of the Court of Appeal that there is a right of appeal by the appellant Jabour under s. 62 of the Act. This is an appeal from the acceptance by the Benchers of the recommendations of the Discipline Committee, should that come to pass. Since the injunction issued by Anderson J. against implementation of the Discipline Committee report pending the outcome of these proceedings, no further action has been taken in implementation of the recommended suspension and hence no appeal is outstanding.

Finally the Attorney General of Canada and the Attorney General of British Columbia joined the Jabour and Law Society actions respectively as interveners when notices were given under the *Constitutional Questions Determination Act*, R.S.B.C. 1960, c. 72. The provinces of Ontario, Quebec, New Brunswick, British Columbia, Saskatchewan and Alberta as well as the Prepaid Legal Services Program of Canada, The Law Society of Upper Canada and the Federation of Law Societies of Canada/Fédération des professions juridiques du Canada also appeared as interveners before this Court.

Jurisdiction of the Supreme Court of British Columbia

I will turn at the outset to the threshhold question of the jurisdiction of the British Columbia Supreme Court to entertain the action by the Law Society. This action was commenced after the Jabour action (so referred to for easy reference) in response to notification by the Director of Investigation and Research, *Combines Investigation Act*, of his intention to hold an enquiry under s. 8 of that Act into the rulings, policies and activities of

Cour suprême a entendu les deux actions consécutivement et on a convenu que la preuve produite relativement à la première s'appliquait à la seconde. L'une et l'autre cours d'instance inférieure ont tranché les deux litiges par un seul jugement.

On doit noter qu'en plus des deux actions en Cour suprême de la Colombie-Britannique, de l'enquête en vertu de la *L.R.E.C.* et des procédures disciplinaires en vertu de la *Legal Professions Act*, il existe, suivant l'arrêt de la Cour d'appel, un droit d'appel en vertu de l'art. 62 de la Loi que l'appelant Jabour peut exercer au cas où les Benchers retiendraient les recommandations du comité de discipline. Depuis la délivrance par le juge Anderson de l'injonction empêchant l'application des recommandations du comité de discipline en attendant l'issue des présentes procédures, on n'a pris aucune autre mesure en vue de réaliser la suspension recommandée et aucun appel n'est donc pendant.

En dernier lieu, par suite d'avis donnés conformément à la *Constitutional Questions Determination Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 72, les procureurs généraux du Canada et de la Colombie-Britannique ont pris part respectivement aux actions de Jabour et de l'Association. Les provinces de l'Ontario, de Québec, du Nouveau-Brunswick, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan et de l'Alberta ainsi que le Prepaid Legal Services Program of Canada, The Law Society of Upper Canada et la Federation of Law Societies of Canada/Fédération des professions juridiques du Canada ont également comparu à titre d'intervenants en cette Cour.

La compétence de la Cour suprême de la Colombie-Britannique

Je commence par un examen de la question préliminaire de savoir si la Cour suprême de la Colombie-Britannique peut connaître de l'action intentée par l'Association. Cette action a été intentée après l'action de Jabour (ainsi désignée pour plus de commodité) par suite de la signification par le directeur des enquêtes et recherches, *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, de son intention d'enquêter conformément à l'art. 8 de la

the Law Society in relation to those regulations or policies concerning advertising by members of the Law Society.

The respondents, in their writ of summons, seek three declarations:

(a) that the *CIA*, in whole or in part, does not apply to the Law Society or to its members;

(b) alternatively, that if the *CIA* does apply to the Law Society or its members, then to such extent the *CIA* or part thereof is *ultra vires* the Parliament of Canada;

(c) that the respondent McCallum is under no obligation to comply with the direction given by the appellants to attend and to be examined upon oath in the investigation under the *CIA*.

The respondents further seek in the writ of summons herein injunctions against the appellants restraining the conduct of the aforementioned enquiry under the *CIA* in so far as it relates to the respondents. This submission relates principally to the provisions of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 17 and 18, the applicable parts of which are as follows:

**2.** ...

[*m*] "relief" includes every species of relief whether by way of damages, payment of money, injunction, declaration, restitution of an incorporeal right, return of land or chattels or otherwise;

**17.** (1) The Trial Division has original jurisdiction in all cases where relief is claimed against the Crown and, except where otherwise provided, the Trial Division has exclusive original jurisdiction in all such cases.

**18.** The Trial Division has exclusive original jurisdiction

(*a*) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(*b*) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (*a*), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to

Loi sur les règles, les politiques et les activités de l'Association relativement à la publicité faite par ses membres.

Dans leur bref d'assignation, les intimés sollicitent trois déclarations:

a) que la *L.R.E.C.* est, en totalité ou en partie, inapplicable à l'Association ou à ses membres;

b) subsidiairement, que dans la mesure où elle s'applique à l'Association ou à ses membres, la *L.R.E.C.* est, en totalité ou en partie, *ultra vires* du Parlement du Canada;

c) que l'intimé McCallum n'est nullement tenu de se conformer à l'ordre des appelants de comparaître et de subir un interrogatoire sous serment dans le cadre de l'enquête menée en vertu de la *L.R.E.C.*

Les intimés demandent en outre dans leur bref d'assignation la délivrance contre les appelants d'injonctions les empêchant de procéder à l'enquête susmentionnée dans la mesure où elle se rapporte aux intimés. Cet argument concerne principalement les dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 2, 17 et 18, dont voici les parties applicables:

**2.** ...

[*m*] «redressement» comprend toute espèce de redressement judiciaire, qu'il soit sous forme de dommages-intérêts, de paiement d'argent, d'injonction, de déclaration, de restitution d'un droit incorporel, de restitution d'un bien mobilier ou immobilier, ou sous une autre forme;

**17.** (1) La Division de première instance a compétence en première instance dans tous les cas où l'on demande contre la Couronne un redressement et, sauf disposition contraire, cette compétence est exclusive.

**18.** La Division de première instance a compétence exclusive en première instance

*a*) pour émettre une injonction, un bref de *certiorari*, un bref de *mandamus*, un bref de prohibition ou un bref de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire, contre tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral; et

*b*) pour entendre et juger toute demande de redressement de la nature de celui qu'envisage l'alinéa *a*), et notamment toute procédure engagée contre le procureur général du Canada aux fins d'obtenir le redresse-

obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

These provisions of the *Federal Court Act*, assuming for the moment they are constitutionally valid, are applicable only if the remedies sought by the respondents fall within the definition of "relief" and if they are in essence claims "against the Crown". The fundamental remedies sought by the respondents are the declarations relating to the federal statute, the *CIA*; the injunctions claimed are ancillary and predicated only on the success of the first remedy.

The appellants in the Law Society action challenged the jurisdiction of the Supreme Court of British Columbia to grant the declaratory and injunctive relief sought herein against the Attorney General for Canada, the Restrictive Trade Practices Commission and its Chairman and Director on the ground that the Trial Division of the Federal Court of Canada has the exclusive jurisdiction so to do.

The declaratory action has long been known to the courts here and in the United Kingdom. In its modern form it is epitomized in the case of *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410 (C.A.), where the courts found the plaintiff entitled to proceed against the Crown for a declaration without proceeding by way of petition of right. Cozens-Hardy M.R., at p. 416, recognized the court's jurisdiction to receive such a case "... although the immediate and sole object of the suit is to affect the rights of the Crown in favour of the plaintiffs". This form of action takes on much greater significance in a federal system where it has been found to be efficient as a means of challenging the constitutionality of legislation. *Vide Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, *per* Laskin J. (as he then was) at p. 162; and Wade, *Administrative Law*, 4th ed., p. 500.

The definition of "relief" in s. 2 includes "a declaration" specifically. It was said in the courts

ment contre un office, une commission ou à un autre tribunal fédéral.

Ces dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale*, à supposer pour le moment qu'elles sont constitutionnellement valides, ne s'appliquent que si ce que demandent les intimés est compris dans la définition du mot «redressement» et s'il s'agit en substance de demandes «contre la Couronne». Les intimés demandent essentiellement des déclarations relativement à une loi fédérale, savoir la *L.R.E.C.*; les injonctions demandées sont accessoires et dépendent uniquement du succès de la première demande.

Les appelants dans l'action intentée par l'Association, invoquant la compétence exclusive en la matière de la Division de première instance de la Cour fédérale du Canada, ont contesté la compétence de la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour rendre le jugement déclaratoire et pour délivrer les injonctions demandés en l'espèce contre le procureur général du Canada et contre la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, son président et directeur.

L'action en jugement déclaratoire est depuis longtemps connue des cours tant du Canada que du Royaume-Uni. On en retrouve un exemple moderne dans l'affaire *Dyson v. Attorney-General*, [1911] 1 K.B. 410 (C.A.), où les cours ont reconnu au demandeur le droit d'intenter une action en jugement déclaratoire contre la Couronne, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une pétition de droit. Le maître des rôles Cozens-Hardy, à la p. 416, a reconnu la compétence de la cour pour entendre pareille affaire [TRADUCTION] « ... même si l'action a pour objet immédiat et unique de porter atteinte aux droits de la Couronne en faveur des demandeurs». Cette forme d'action revêt une importance d'autant plus grande dans un régime fédéral où elle s'est révélée un moyen efficace de contester la constitutionnalité de lois. Voir l'arrêt *Thorson c. Le procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, le juge Laskin (alors juge puîné), à la p. 162, et Wade, *Administrative Law*, 4e éd., à la p. 500.

La définition du mot «redressement» qui figure à l'art. 2 comprend expressément une «déclaration».

below that the reference to "declaration" in s. 2(*m*) is to a remedy, collateral or ancillary to other remedies, but is not to be read as including a declaration as an independent remedy. The trial judge put it this way:

> The addition of "declaration" in the definition of "relief" in the *Federal Court Act*, which was not present in the definition of the *Petition of Right Act*, refers, in my opinion, to declarations associated with and incidental to the actions formally requiring a fiat and proceeding by petition of right in the Exchequer Court. In other words, it only adds a form of relief associated with and incidental to the actions formally requiring a fiat and proceedings by a petition of right in the Exchequer Court and it does not add an additional cause of action. The inclusion of "declaration" in the definition of "relief" does not extend the jurisdiction of the Federal Court beyond that possessed by the Exchequer Court.

Both courts below were of the view that the declaration in question did not come within the expression "claims against the Crown" as the term is employed in s. 17 of the *Federal Court Act*. The trial judge stated:

> Such proceedings to determine whether it is within the legislative competence of Parliament to enact a certain Federal Act involves not the Crown but rather Parliament. What is sought here is merely a determination of whether Parliament has exceeded the limits of its authority and this can in no sense be characterized as a case where "relief is claimed against the Crown".

This view was upheld in the Court of Appeal where Hinkson J.A. (Nemetz C.J.B.C. and Macdonald J.A. concurring) drew a distinction between relief for which a petition of right had been necessary and the '*Dyson*' type declaration, concluding that the provisions of the *Federal Court Act* referred only to the former. Hinkson J.A. stated:

> An examination of the definition of relief as contained in the Federal Court Act and of the provisions of ss. 17

On a affirmé devant les cours d'instance inférieure que le mot «déclaration» à l'al. 2*m*) désigne un redressement complémentaire ou accessoire à tout autre redressement, mais ne doit pas s'interpréter comme comprenant une déclaration en tant que redressement indépendant. Le juge de première instance s'est exprimé en ces termes:

> [TRADUCTION] Le mot «déclaration» qui est ajouté à la définition du terme «redressement» figurant dans la *Loi sur la Cour fédérale*, mais qui ne figurait pas dans la définition contenue dans la *Loi sur les pétitions de droit*, désigne, selon moi, les déclarations associées et accessoires aux actions qui requièrent formellement une autorisation de poursuivre et une procédure par voie de pétition de droit en Cour de l'Echiquier. En d'autres termes, il s'agit simplement d'une forme de redressement supplémentaire associé et accessoire aux actions qui requièrent formellement une autorisation de poursuivre et une procédure par voie de pétition de droit en Cour de l'Echiquier et l'ajout de ce mot ne crée pas une cause d'action additionnelle. L'inclusion du mot «déclaration» dans la définition du terme «redressement» ne confère pas à la Cour fédérale une compétence qui dépasse celle de la Cour de l'Echiquier.

L'une et l'autre cours d'instance inférieure ont estimé que la déclaration en question n'est pas comprise dans l'expression «demande [pouvant] être faite contre la Couronne» utilisée à l'art. 17 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le juge de première instance a affirmé:

> [TRADUCTION] Pareilles procédures visant à déterminer si le Parlement a compétence pour adopter une loi fédérale donnée mettent en cause non pas la Couronne, mais plutôt le Parlement. On demande simplement en l'espèce de déterminer si le Parlement a outrepassé les limites de son pouvoir, ce qui ne peut en aucune façon être qualifié de cas où «l'on demande contre la Couronne un redressement».

La Cour d'appel a appuyé ce point de vue; le juge Hinkson (le juge en chef Nemetz et le juge Macdonald ont souscrit à son avis), après avoir fait la distinction entre un redressement qui avait nécessité une procédure par voie de pétition de droit et le type de déclaration dont il est question dans «l'affaire *Dyson*», a conclu que les dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale* ne visent que le premier cas. Le juge Hinkson a affirmé:

> [TRADUCTION] Il semble ressortir de l'examen de la définition du mot «redressement» contenue dans la *Loi*

and 18 of that Statute appears to indicate that the exclusive jurisidiction of the Federal Court involves claims by a subject against the Crown in which the subject is seeking to have something done in order to give effect to his legal rights against the Crown or seeking a decision that he is entitled to property or some interest therein or to possession thereof as against the Crown. It is in that sense that the definition of "relief" is found in the Federal Court Act.

Applying the distinction between the ancient procedure by petition of right for a claim against the interests of the Crown on the one hand, and the '*Dyson*' type declaration on the other, Hinkson, J. A. concluded:

> ... it is clear that the respondents are not seeking a judgment which would declare or decide that the respondents are entitled to have something done in order to give effect to their legal rights as against the Crown or that they are entitled to property or some interest therein or to the possession thereof. Rather, they are seeking declarations of the same nature as those sought in *Dyson v. Attorney-General.*

Such was the case in *R. v. Bradley*, [1941] S.C.R. 270, where a holder of a patent sought compensation from the Crown in the right of Canada for unauthorized use of his invention. The plea for a declaration that the Crown had made use of the plaintiff's patents was accompanied by a claim that the Crown "be condemned to pay to your suppliant the amount of compensation so found to be reasonable ... " The Court contrasted this form of declaratory relief with the simple declaration in *Dyson* concerning the validity of a notice issued under a taxation statute:

> This, of course, is a vastly different thing from a judgment such as that in *Dyson* v. *Attorney-General (supra)*, which does not declare or decide that the subject is entitled to have something done in order to give effect to his legal rights as against the Crown, or that he is entitled to property or some interest therein, or to the possession thereof. The proceeding by petition of right is not applicable to such a claim as that in question in *Dyson* v. *Attorney-General.* Such a proceeding is only competent where a petition of right does not lie.

*sur la Cour fédérale* et des dispositions des art. 17 et 18 de cette loi que la compétence exclusive de la Cour fédérale s'applique aux réclamations contre la Couronne par lesquelles un citoyen tente d'obtenir l'accomplissement d'un acte afin de faire respecter ses droits contre la Couronne ou par lesquelles il tente d'obtenir un jugement contre la Couronne pour que soient reconnus son droit de propriété, les droits accessoires ou le droit de possession de ces biens. Voilà le sens de la définition du mot «redressement» qui figure dans la *Loi sur la Cour fédérale.*

Appliquant la distinction entre l'ancienne procédure par voie de pétition de droit suivie dans le cas d'une réclamation contre les intérêts de la Couronne d'une part et le type de déclaration dont il est question dans «l'affaire *Dyson*» d'autre part, le juge Hinkson a conclu:

> [TRADUCTION] ... il est évident que les intimés ne sollicitent pas un jugement qui déclarera ou décidera qu'ils ont droit à l'accomplissement d'un acte en vue de faire respecter leurs droits contre la Couronne ou qui reconnaîtra leur droit de propriété, les droits accessoires ou le droit de possession de ces biens. Ils demandent plutôt des déclarations de la même nature que celles demandées dans l'affaire *Dyson v. Attorney-General.*

Tel était le cas dans l'affaire *R. c. Bradley*, [1941] R.C.S. 270, où le titulaire d'un brevet a tenté d'obtenir une indemnité de la Couronne du chef du Canada pour l'utilisation non autorisée de son invention. La demande de déclaration portant que la Couronne s'était servie des brevets du demandeur était assortie d'une autre demande, savoir que la Couronne [TRADUCTION] «soit condamnée à verser au demandeur le montant d'indemnité jugé raisonnable ... ». La Cour a opposé cette forme de jugement déclaratoire à la simple déclaration dont il est question dans l'affaire *Dyson* relativement à la validité d'un avis donné en vertu d'une loi fiscale:

> [TRADUCTION] Cela, évidemment, diffère nettement d'un jugement comme celui rendu dans l'affaire *Dyson* v. *Attorney-General*, précitée, qui ne déclare pas ou ne décide pas que le citoyen a droit à l'accomplissement d'un acte en vue de faire respecter ses droits contre la Couronne ou qui ne reconnaît pas son droit de propriété, les droits accessoires ou le droit de possession de ces biens. La procédure par voie de pétition de droit ne s'applique pas à une réclamation comme celle dont il est question dans l'affaire *Dyson* v. *Attorney-General.* Le

(*Esquimalt and Nanaimo Rly. Co. v. Wilson*, [[1920] A.C. 358, at 364, 365, 367 and 368]). [*per* Duff C.J., at p. 276.]

This same idea was reflected in *Thorson, supra*, per Laskin J., as he then was, at pp. 151-52 where it was stated:

> The question of the constitutionality of legislation has in this country always been a justiciable question. Any attempt by Parliament or a Legislature to fix conditions precedent, as by way of requiring consent of some public officer or authority, to the determination of an issue of constitutionality of legislation cannot foreclose the Courts merely because the conditions remain unsatisfied: *Electrical Development Co. of Ontario v. Attorney General of Ontario*, [[1919] A.C. 687,] *B.C. Power Corp. Ltd. v. B.C. Electric Co. Ltd.*, [[1962] S.C.R. 642.]

The claims for declaration made here are unaccompanied by any claim for recovery of property or rights from the defendants in the action but are indeed the core of the action, the only goal sought by the plaintiffs (respondents).

The statutory interpretation approach may prove or demonstrate more than this Court in this action is required to determine. This is so because if s. 2(*m*) is read down as proposed in the courts below to exclude the so-called '*Dyson*' declaration, not only does this protect the Supreme Court of British Columbia from the claim of exclusivity made in ss. 17 and 18 but also throws into question the jurisdiction of the Federal Court to entertain a claim for such a declaration even on the basis of a concurrent jurisdiction. This question need not and should not be determined in this action. I therefore, with respect, conclude that the issue raised on this third question cannot be resolved on the basis proposed below, namely by the interpretation of these provisions in the *Federal Court Act*.

There is, however, another and more fundamental aspect to this issue. The provincial superior

recours à cette procédure n'est permis que lorsque la procédure par voie de pétition de droit est exclue. (*Esquimalt and Nanaimo Rly. Co. v. Wilson*, [[1920] A.C. 358, aux pp. 364, 365, 367 et 368]). [Le juge en chef Duff, à la p. 276.]

Cette même notion se retrouve dans l'arrêt *Thorson*, précité, où le juge Laskin, alors juge puîné, affirme aux pp. 151 et 152:

> La question de la constitutionnalité des lois a toujours été dans ce pays une question réglable par les voies de justice. Une tentative du Parlement ou d'une législature de fixer des conditions préalables au règlement d'une question de constitutionnalité de loi, en exigeant le consentement de certains fonctionnaires publics ou de certaines autorités publiques, ne peut empêcher l'accès aux cours de justice pour la simple raison que les conditions ne sont pas remplies: *Electrical Development Co. of Ontario v. Attorney General of Ontario*, [[1919] A.C. 687,] *B.C. Power Corp. Ltd. c. B.C. Electric Co. Ltd.*, [[1962] R.C.S. 642.]

Les demandes de déclaration faites en l'espèce, loin d'être assorties d'une demande de récupération de biens ou de droits dirigée contre les défendeurs, constituent le fond même de l'action, le seul objet visé par les demandeurs (intimés).

En recourant à la méthode d'interprétation des lois, on risque de prouver ou de démontrer plus qu'il n'est nécessaire pour trancher le présent litige en cette Cour. La raison en est que si l'on interprète l'al. 2*m*) de manière à exclure ce qu'il est convenu d'appeler la déclaration du type «*Dyson*», comme l'ont proposé les cours d'instance inférieure, non seulement cela protège la Cour suprême de la Colombie-Britannique contre la revendication de compétence exclusive faite dans les art. 17 et 18, mais aussi cela met en question la compétence de la Cour fédérale pour entendre une demande d'une déclaration de ce type, même s'il y a compétence concurrente. Il n'est pas nécessaire et il n'y a pas lieu de trancher cette question en l'espèce. Je conclus donc, avec égards, qu'on ne saurait régler cette troisième question de la manière proposée par les cours d'instance inférieure, c'est-à-dire par l'interprétation de ces dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Cette question revêt cependant un autre aspect plus fondamental. Les cours supérieures des pro-

courts have always occupied a position of prime importance in the constitutional pattern of this country. They are the descendants of the Royal Courts of Justice as courts of general jurisdiction. They cross the dividing line, as it were, in the federal-provincial scheme of division of jurisdiction, being organized by the provinces under s. 92(14) of the *Constitution Act* and are presided over by judges appointed and paid by the federal government (sections 96 and 100 of the *Constitution Act*). As was said by Pigeon J. in *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et al.*, [1980] 1 S.C.R. 695, at p. 713:

> It must be considered that the basic principle governing the Canadian system of judicature is the jurisdiction of the superior courts of the provinces in all matters federal and provincial. The federal Parliament is empowered to derogate from this principle by establishing additional courts only for the better administration of the laws of Canada.

Earlier in his judgment Pigeon J. quoted from Chief Justice Ritchie in *Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1, at pp. 19-20:

> ... These courts [provincially organized superior courts] are surely bound to execute all laws in force in the Dominion, whether they are enacted by the Parliament of the Dominion or by the Local Legislatures, respectively. They are not mere local courts for the administration of the local laws passed by the Local Legislatures of the Provinces in which they are organized. They are the courts which were the established courts of the respective Provinces before Confederation, ... They are the Queen's Courts, bound to take cognizance of and execute all laws, whether enacted by the Dominion Parliament or the Local Legislatures, ...

The jurisdiction of superior courts, and indeed other courts in the provinces, to review the constitutionality of federal statutes was the subject of comment in this Court in *Attorney General of Canada et al. v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170, where Beetz J. at p. 216 stated:

> Once it is conceded that the Minister has jurisdiction to appoint an administrator, the exercise of this jurisdiction can only be reviewed in accordance with the *Indian Act* and the *Federal Court Act* and not by the Courts of Manitoba. It is true that the latter's jurisdiction had not been questioned by the appellants, presumably because the action taken by the respondent challenged the con-

vinces ont toujours occupé une position de premier plan à l'intérieur du régime constitutionnel de ce pays. Ces cours de compétence générale sont les descendantes des cours royales de justice. Constituées par les provinces en vertu du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle* et présidées par des juges nommés et rémunérés par le gouvernement fédéral (les art. 96 et 100 de la *Loi constitutionnelle*), elles franchissent, pour ainsi dire, la ligne de partage des compétences fédérale et provinciale. Comme l'a dit le juge Pigeon dans l'arrêt *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et autre*, [1980] 1 R.C.S. 695, à la p. 713:

> Il faut tenir compte de ce que le principe fondamental régissant le système judiciaire canadien est la compétence des cours supérieures des provinces sur toutes questions de droit fédéral et provincial. Le Parlement fédéral a le pouvoir de déroger à ce principe en établissant des tribunaux additionnels seulement «pour la meilleure administration des lois du Canada».

Le juge Pigeon avait antérieurement cité le juge en chef Ritchie dans l'arrêt *Valin c. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1, aux pp. 19 et 20:

> [TRADUCTION] ... Ces tribunaux [les cours supérieures constituées par les provinces] sont certainement tenus d'appliquer toutes les lois en vigueur au Canada, qu'elles soient édictées par le Parlement du Canada ou par les législatures locales. Ce ne sont pas de simples tribunaux locaux chargés de l'application des lois locales adoptées par les législatures locales des provinces où ils ont été constitués. Ce sont les tribunaux qui existaient dans les provinces respectives avant la Confédération ... Ce sont les tribunaux de la Reine, tenus de prendre connaissance de toutes les lois et de les appliquer, soit qu'elles aient été adoptées par le Parlement du Canada ou par les législatures locales ...

La compétence des cours supérieures, et en fait d'autres cours provinciales, pour examiner la constitutionnalité de lois fédérales a été commentée par cette Cour dans l'arrêt *Le procureur général du Canada et autre c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170, où le juge Beetz affirme à la p. 216:

> Une fois admis que le Ministre est compétent pour nommer un administrateur, l'exercice de cette compétence ne peut être examiné que conformément à la *Loi sur les Indiens* et à la *Loi sur la Cour fédérale* et non par les tribunaux du Manitoba. Il est vrai que la juridiction de ces derniers n'a pas été mise en question par les appelants, probablement parce que l'action intentée par

stitutional validity and the operation of the *Indian Act* and the Manitoba Courts had jurisdiction to adjudicate upon this issue as well as upon appellants' counterclaim. The Courts of Manitoba could not on the other hand hear an appeal from the Minister's decision or otherwise review it.

The Federal Court, as the successor to the Exchequer Court of Canada which was first established by Parliament in 1875, was established pursuant to the authority of s. 101 of the *Constitution Act* which provides "for the Establishment of any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada". The expression "laws of Canada" has been settled as meaning the laws enacted by the Parliament of Canada, at least for the purposes of this appeal: *Thomas Fuller*, *supra*, *per* Pigeon J. at p. 707. It is difficult to see how an argument can be advanced that a statute adopted by Parliament for the establishment of a court for the better administration of the laws of Canada can at the same time include a provision that the provincial superior courts may no longer declare a statute enacted by Parliament to be beyond the constitutional authority of Parliament. Sections 17 and 18 of the *Federal Court Act* must, in the view of the appellants, be so construed. In my view Parliament lacks the constitutional authority to so provide. To do so would strip the basic constitutional concepts of judicature of this country, namely the superior courts of the provinces, of a judicial power fundamental to a federal system as described in the *Constitution Act*. At the same time it would leave the provincially-organized superior courts with the invidious task of execution of federal and provincial laws, to paraphrase the *Valin* case, *supra*, while being unable to discriminate between valid and invalid federal statutes so as to refuse to "execute" the invalid statutes. For this second and more fundamental reason I conclude that the British Columbia courts have the requisite jurisdiction to entertain the claims for declarations herein made. Moreover, it would amount to an attempt by Parliament to grant exclusive jurisdiction to the Federal Court to administer the "laws of Canada" while the validity of those laws remained unknown. Any jurisdiction

l'intimée contestait la constitutionnalité et l'application de la *Loi sur les Indiens* et que les tribunaux du Manitoba ont juridiction pour disposer de cette question aussi bien que de la demande reconventionnelle des appelants. En revanche, les tribunaux du Manitoba ne pouvaient pas entendre un appel à l'encontre d'une décision du Ministre ni examiner celle-ci de quelque façon.

La Cour fédérale, successeur de la Cour de l'Échiquier que le Parlement avait constituée en 1875, a été établie en vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle* qui prévoit «l'établissement d'autres tribunaux pour la meilleure exécution des lois du Canada». Aux fins du présent pourvoi du moins, on a établi que l'expression «lois du Canada» désigne les lois adoptées par le Parlement du Canada: voir l'arrêt *Thomas Fuller*, précité, les motifs du juge Pigeon, à la p. 707. Il est difficile de comprendre comment on peut prétendre qu'une loi que le Parlement a adoptée en vue de l'établissement d'un tribunal pour la meilleure exécution des lois du Canada peut en même temps disposer que les cours supérieures des provinces ne peuvent plus déclarer qu'une loi adoptée par le Parlement outrepasse la compétence constitutionnelle de ce dernier. C'est pourtant l'interprétation que, selon les appelants, il faut donner aux art. 17 et 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. A mon avis, la Constitution n'investit pas le Parlement du pouvoir d'adopter pareille disposition. S'il en était autrement, ces organismes judiciaires de base qu'a établis la Constitution de ce pays, notamment les cours supérieures des provinces, seraient dépouillés d'un pouvoir judiciaire fondamental dans un régime fédéral comme celui décrit dans la *Loi constitutionnelle*. De plus, ces cours supérieures constituées par les provinces se verraient chargées de la tâche peu enviable d'appliquer les lois fédérales et provinciales, pour paraphraser l'arrêt *Valin*, précité, tout en se trouvant dans l'impossibilité de faire la distinction entre les lois fédérales valides et celles qui sont invalides, de manière à pouvoir refuser d'appliquer ces dernières. Pour cette seconde raison plus fondamentale, je conclus que les cours de la Colombie-Britannique ont la compétence requise pour entendre les demandes de déclaration faites en l'espèce. Cela équivaudrait en outre à une tentative de la part du Parlement

in Parliament for the grant of exclusive jurisdiction to the Federal Court must be founded on exclusive federal powers under s. 91 of the *Constitution Act*. In so far as there is an alleged excess of that jurisdiction by Parliament, s. 101 of the *Constitution Act* cannot be read as the constitutional justification for the exclusion from the superior courts of the jurisdiction to pronounce upon it.

Before moving on to the claim made by the respondents for injunctions a word should be said about two cases advanced in argument before us: *Denison Mines Limited v. Attorney-General of Canada* (1972), 32 D.L.R. (3d) 419, and *City of Hamilton v. Hamilton Harbour Commissioners*, [1972] 3 O.R. 61. In neither case was the Court apparently addressed as to the distinction between a '*Dyson*' declaration and the declaratory relief sought for example in *Bradley*, *supra*. In the *Hamilton* case Chief Justice Gale observed at p. 62:

> Perhaps the only other thing that I should add is that the constitutionality of the *Federal Court Act*, or any of its sections, was not raised before us on the hearing of this appeal.

The judgment of the learned trial judge in the *Denison Mines* case makes no reference to any argument on the constitutional limits of ss. 17 and 18 of the *Federal Court Act*.

The respondents also claimed, as already indicated, an injunction restraining the appellants, the Restrictive Trade Practices Commission and the individual appellants from conducting the inquiry under the *CIA* so far as it related to the conduct of the Law Society. Again the word "injunction" is included in the definition of "relief" in s. 2(*m*) of the *Federal Court Act*. In this instance the remedy sought would run against a federal board as defined by s. 2(*g*) of that Act and therefore is expressly included in s. 18 as being within the exclusive jurisdiction of the Trial Division of the Federal Court of Canada. Both

d'accorder à la Cour fédérale la compétence exclusive pour administrer les «lois du Canada» alors que la validité de ces lois est encore incertaine. Si le Parlement peut attribuer une compétence exclusive à la Cour fédérale, ce n'est qu'en vertu des pouvoirs exclusifs que lui confère l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle*. Dans la mesure où on prétend que le Parlement a outrepassé ses pouvoirs à cet égard, l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle* ne peut servir de justification pour affirmer que les cours supérieures n'ont pas le pouvoir de se prononcer sur cette question.

Avant de passer à l'examen de la demande d'injonctions présentée par les intimés, il convient de dire un mot concernant deux arrêts invoqués au cours des plaidoiries en cette Cour; il s'agit des arrêts *Denison Mines Limited v. Attorney General of Canada* (1972), 32 D.L.R. (3d) 419, et *City of Hamilton v. Hamilton Harbour Commissioners*, [1972] 3 O.R. 61. Il semble que dans ni l'un ni l'autre cas on n'a présenté d'arguments à la cour quant à la différence entre une déclaration du type «*Dyson*» et le jugement déclaratoire sollicité, par exemple, dans l'affaire *Bradley*, précitée. Dans l'arrêt *Hamilton*, le juge en chef Gale fait remarquer à la p. 62:

> [TRADUCTION] Tout ce que je devrais peut-être ajouter c'est qu'on n'a pas soulevé en l'espèce la question de la constitutionnalité de la *Loi sur la Cour fédérale* ou de l'un quelconque de ses articles.

Dans la décision *Denison Mines*, le savant juge de première instance ne fait aucune mention d'arguments portant sur les limites constitutionnelles des art. 17 et 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Les intimés, comme je l'ai déjà indiqué, ont également demandé une injonction qui aurait pour effet d'empêcher les appelants, c'est-à-dire la Commission sur les pratiques restrictives du commerce et les appelants individuels, de mener l'enquête en vertu de la *L.R.E.C.* dans la mesure où elle porte sur la conduite de l'Association. Je répète que le mot «injonction» est compris dans la définition du terme «redressement» qui figure à l'al. 2*m*) de la *Loi sur la Cour fédérale*. En l'espèce, il s'agit d'un redressement sollicité contre un office fédéral au sens de l'al. 2*g*) de la Loi et ce redressement relève donc de la compétence exclu-

courts below determined in essence that the injunction was sought out of an abundance of caution and as a matter of convenience was combined in the declaratory action now rather than risk possible recourse to later supplementary litigation should circumstances then require it.

Courts having a competence to make an order in the first instance have long been found competent to make such additional orders or to impose terms or conditions in order to make the primary order effective. Similarly courts with jurisdiction to undertake a particular *lis* have had the authority to maintain the *status quo* in the interim pending disposition of all claims arising even though the preservation order, viewed independently, may be beyond the jurisdiction of the court. An example of the latter type of judicial action is found in *British Columbia Power Corporation, Limited v. British Columbia Electric Company, et al.*, [1962] S.C.R. 642. Kerwin C. J., speaking for the majority of the Court, said at pp. 644-45:

> In a federal system, where legislative authority is divided, as are also the prerogatives of the Crown, as between the Dominion and the Provinces, it is my view that it is not open to the Crown, either in right of Canada or of a Province, to claim a Crown immunity based upon an interest in certain property, where its very interest in that property depends completely and solely on the validity of the legislation which it has itself passed, if there is a reasonable doubt as to whether such legislation is constitutionally valid. To permit it to do so would be to enable it, by the assertion of rights claimed under legislation which is beyond its powers, to achieve the same results as if the legislation were valid. In a federal system it appears to me that, in such circumstances, the Court has the same jurisdiction to preserve assets whose title is dependent on the validity of the legislation as it has to determine the validity of the legislation itself.

In this case it is no doubt academic that the appellants or any officer of the Crown would conduct an inquiry under the *CIA* in the face of a judicial determination in favour of the respondsive que l'art. 18 confère expressément à la Division de première instance de la Cour fédérale du Canada. L'une et l'autre cours d'instance inférieure ont décidé essentiellement que la demande d'injonction avait été présentée par souci de précaution et que pour plus de commodité on l'avait jointe à la demande de jugement déclaratoire plutôt que de risquer d'avoir à recourir à un litige supplémentaire à une date ultérieure, si jamais les circonstances l'exigeaient.

Il est établi depuis longtemps que les cours ayant compétence pour rendre une première ordonnance peuvent également rendre des ordonnances supplémentaires ou prescrire les modalités d'application de la première ordonnance. De même, les cours ayant compétence relativement à un litige déterminé ont également compétence pour ordonner le maintien du statu quo en attendant une décision sur toutes les réclamations présentées, même si cette ordonnance, considérée isolément, peut ne pas être du ressort de la cour. On trouve un exemple de ce dernier type d'action judiciaire dans l'affaire *British Columbia Power Corporation, Limited c. British Columbia Electric Company, et al.*, [1962] R.C.S. 642. Le juge en chef Kerwin, s'exprimant au nom de la majorité de la Cour, affirme aux pp. 644 et 645:

> [TRADUCTION] J'estime que, dans un régime fédéral où il y a partage entre le fédéral et les provinces du pouvoir législatif et aussi des prérogatives de la Couronne, ni la Couronne du chef du Canada ni la Couronne du chef d'une province ne peut invoquer une immunité de la Couronne fondée sur un droit relatif à un bien quelconque lorsque ce droit même dépend complètement et exclusivement de la validité de la loi qu'elle a adoptée elle-même, s'il existe un doute raisonnable quant à la constitutionnalité de cette loi. Cela lui permettrait en fait d'invoquer des droits que lui confère la loi qui outrepasse ses pouvoirs pour ainsi arriver aux mêmes résultats qui en auraient découlé si elle avait été valide. Il me semble que dans un régime fédéral, en pareilles circonstances, la cour a compétence pour préserver des biens dont la propriété dépend de la validité de la loi, de même qu'elle a compétence pour statuer sur la validité de la loi elle-même.

En l'espèce, il est sans doute peu probable que les appelants ou tout autre fonctionnaire de la Couronne mèneront une enquête en vertu de la *L.R.E.C.* si une décision judiciaire est rendue en

ents. I answer the technical point as to the jurisdiction of the British Columbia courts to entertain a plea for injunction on these proceedings on the technical basis that such a remedy could be granted as ancillary to the court's principal determination and in support thereof as a matter of inherent jurisdiction of a superior court of general jurisdiction to ensure the effectiveness of its dispositions.

First Question

The first question put in the order of the Chief Justice is as follows:

1. Does the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 as amended, apply to the Law Society of British Columbia, its governing body or its members?

In the courts below, this question (which was number 2) read as follows:

ISSUE No. 2

Does the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, Chap. C-23 and amendments thereto, apply to the Defendants in connection with the Defendants' prohibition (position of the Plaintiff) or regulation (position of the defendants) of advertising.

The answer given by the learned trial judge I repeat here for convenience:

There being no specific nor implicit authorization in the Legal Professions Act for the defendants to impose what this Court has found to be a blanket restraint, tantamount to a complete prohibition of advertising by members of the Law Society to the public at large, the Combines Investigation Act does apply to the defendants. I express no opinion as to whether the defendants have in this case contravened the provisions of the Combines Act. That matter was not argued.

The trial judge found that the Benchers had the authority under the *Legal Professions Act* to regulate advertising but that the Benchers did not have the authority to prohibit it.

The Court of Appeal, speaking through Seaton J.A., concluded:

I can see nothing in the Legal Professions Act that would justify the conclusion that the Benchers are

faveur des intimés. Ma réponse à la question de savoir si les cours de la Colombie-Britannique ont compétence pour entendre une demande d'injonction en l'espèce se fonde sur le principe de procédure selon lequel une cour supérieure de juridiction générale peut, dans l'exercice de sa compétence inhérente et pour assurer l'efficacité de ses ordonnances, accorder pareil redressement accessoirement à sa décision principale.

La première question

Voici la première question formulée par le Juge en chef dans son ordonnance:

1. La *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23 et modifications, s'applique-t-elle à la Law Society of British Columbia, à son conseil d'administration ou à ses membres?

Devant les cours d'instance inférieure cette question (qui portait le numéro 2) se lisait comme suit:

[TRADUCTION]
QUESTION N° 2

La *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23 et modifications, s'applique-t-elle aux défendeurs relativement à l'interdiction qui leur est faite (selon le demandeur) ou à la réglementation (selon les défendeurs) de la publicité?

Par souci de commodité, je reprends ici la réponse donnée par le savant juge de première instance:

[TRADUCTION] Comme la *Legal Professions Act* n'habilite pas, de façon expresse ou implicite, les défendeurs à imposer ce que cette cour estime être une restriction générale qui équivaut à une interdiction absolue aux membres de l'Association de faire de la publicité destinée au grand public, la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions s'applique aux défendeurs. Je ne me prononce pas sur la question de savoir si les défendeurs ont en l'espèce enfreint les dispositions de la loi sur les coalitions. Cette question n'a pas été débattue.

Le juge de première instance a conclu que la *Legal Professions Act* habilite les Benchers à réglementer la publicité, mais non à l'interdire.

Le juge Seaton a conclu, au nom de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Je ne vois rien dans la *Legal Professions Act* qui nous permet de conclure que les Benchers

authorized to regulate advertising but not to prohibit advertising.

and later,

They [the Benchers] may prohibit any conduct that is contrary to the best interest of the public or the profession. Conduct need not be specifically prohibited before it may be the subject of disciplinary proceedings. Whether advertising as done by Mr. Jabour constitutes conduct amenable to disciplinary proceedings is a matter for the Benchers.

and finally,

I conclude that the Benchers have the power to prohibit the type of advertising that is found here and to discipline with respect to that type of advertising. Whether they ought to exercise the power is not for us to decide in these appeals.

Seaton J.A. then concluded that before 1975 the *CIA* "did not encompass regulation of trade by a provincial authority;" and was "not persuaded that Parliament intended by the 1975 amendments to take within the Act governing bodies of professions." He also excluded the professions from the trade and commerce authority of Parliament thus limiting the impact of the *CIA* on the professions to criminal law. In the end the learned appeal justice found that the performance of an act authorized by the legislature of the province had not by the *CIA* been made a crime, without deciding whether Parliament could constitutionally do so.

I conclude that the combines legislation simply does not apply to regulatory schemes validly established by provincial legislation. Such schemes are not prohibited by the Act. The conduct of those who make the regulations is not made an offence. Compliance with such rules is not made a crime.

The provisions of the *Legal Professions Act* have already been reviewed in a general way. Further reference to this Act should be made as it relates to this first question. By s. 5 of the Act the Attorney General of the province is an *ex officio* Bencher. The Benchers, by s. 41, may call to the

ont le pouvoir de réglementer la publicité, mais non de l'interdire.

Il ajoute plus loin:

[TRADUCTION] Ils [les Benchers] peuvent interdire toute conduite qui est contraire aux intérêts fondamentaux du public ou de la profession. Il n'est pas nécessaire qu'une conduite soit expressément interdite pour qu'elle fasse l'objet de procédures disciplinaires. C'est aux Benchers qu'il appartient de décider si la publicité faite par M^e^ Jabour est une conduite qui peut donner lieu à des procédures disciplinaires.

Il dit enfin:

[TRADUCTION] Je conclus que les Benchers ont le pouvoir d'interdire le genre de publicité dont il est question en l'espèce et de prendre des mesures disciplinaires relativement à cette publicité. Quant à la question de savoir s'ils devraient exercer ce pouvoir, nous n'avons pas à la trancher en l'espèce.

Le juge Seaton a alors conclu qu'avant 1975 la *L.R.E.C.* [TRADUCTION] «ne s'appliquait pas à la réglementation du commerce par une autorité provinciale;» et il n'était [TRADUCTION] «pas convaincu que le Parlement avait voulu, par les modifications de 1975, assujettir à la Loi les conseils d'administration des professions libérales». Il a également soustrait les professions libérales au pouvoir du Parlement en matière d'échanges et de commerce, limitant ainsi l'effet de la *L.R.E.C.* sur les professions libérales à l'aspect droit pénal. Le savant juge de la Cour d'appel a fini par conclure que la *L.R.E.C.* n'érige pas en crime l'accomplissement d'un acte autorisé par la législature de la province, mais il n'a pas tranché la question de savoir si la Constitution permet au Parlement de le faire.

[TRADUCTION] Je conclus que la législation en matière de coalitions ne s'applique tout simplement pas à des plans de réglementation validement établis par une loi provinciale. La Loi n'interdit pas ces plans. Elle n'érige en infraction ni la conduite des personnes qui établissent les règlements ni l'observation de ceux-ci.

J'ai déjà examiné de façon générale les dispositions de la *Legal Professions Act*. Il convient cependant de revenir sur cette loi dans la mesure où elle se rapporte à cette première question. Aux termes de l'art. 5 de la Loi, le procureur général de la province est un Bencher d'office. L'article 41

Bar of the province any Canadian citizen they are satisfied is "... fit to become a barrister and solicitor of the Supreme Court." Once admitted to the Bar a member falls within the disciplinary process of the Benchers as outlined in a group of sections from 43 to 51. It is under these provisions that the Discipline Committee sat with respect to the appellant Jabour. The Discipline Committee made its determination under s. 48 but no action has been taken, pending these proceedings, by the Benchers under s. 49 for the implementation of that determination and the recommended suspension, because of the interlocutory injunction already mentioned.

From any action of the Benchers in the discipline of a member, an appeal lies by s. 62 to the Court of Appeal of the province, which may make "such order as to it seems just". The Act contains many special duties and rights such as the institution of proceedings by the Benchers for injunction or prosecution for breach of the statute.

There remains to be pointed out one more aspect of the practice of law by members of the Society, that of rendering accounts to the public for services rendered. The statute provides a summary procedure whereby a person receiving a bill for services from a member of the Bar may apply to an officer of the Court referred to as a Taxing Officer to have the account taxed. This power in the Taxing Officer is subject to review by a judge of the Supreme Court but otherwise the amount taxed becomes recoverable as though it were awarded under a judgment of the Court. The Court official is not bound in assessing the bill by any statutory or other tariffs, nor is he otherwise limited. Indeed where a contract has been made between the solicitor and a client for remuneration to be paid for services to be rendered, the Court may set the agreement aside and the account may be taxed as though no such contract had been made. All such procedures would, of course, cut across any arrangements proffered by advertising or otherwise by the solicitor and accepted expressly or by implication by the client. This procedure is

dispose que les Benchers peuvent admettre au barreau de la province tout citoyen canadien qu'ils estiment [TRADUCTION] « ... apte à devenir avocat auprès de la Cour suprême». Une fois qu'un membre est admis au barreau, il est assujetti aux procédures disciplinaires des Benchers énumérées aux art. 43 à 51. C'est en vertu de ces dispositions que le comité de discipline a siégé relativement à l'appelant Jabour. Le comité a pris sa décision en vertu de l'art. 48, mais, en attendant l'issue des présentes procédures, les Benchers, à cause de l'injonction interlocutoire susmentionnée, n'ont pris aucune mesure en vertu de l'art. 49 pour appliquer cette décision et la suspension qu'elle recommande.

L'article 62 accorde un droit d'appel devant la Cour d'appel de la province contre toute mesure disciplinaire prise par les Benchers contre un membre et la Cour d'appel peut rendre [TRADUCTION] «l'ordonnance qu'elle estime juste». La Loi prévoit bon nombre d'obligations et de droits spéciaux, dont l'introduction par les Benchers de procédures en injonction ou de poursuites pour infraction à la Loi.

Il reste à signaler un dernier aspect de l'exercice du droit par les membres de l'Association, savoir la présentation de comptes au public pour les services rendus. La Loi prévoit une procédure sommaire par laquelle une personne qui reçoit d'un membre du barreau une facture pour services rendus peut demander à un officier de la cour, appelé l'officier taxateur, d'en faire la taxation. Ce pouvoir que détient l'officier taxateur est soumis au contrôle d'un juge de la Cour suprême, mais, quoi qu'il en soit, le montant taxé devient exigible comme s'il avait été accordé par un jugement de la cour. Dans l'évaluation du compte, l'officier de la cour n'est lié par aucun tarif prévu ou non par une loi, ni n'est limité d'aucune autre façon. En fait, lorsqu'il y a un contrat entre l'avocat et un client relativement à la rémunération des services rendus, la cour peut annuler le contrat et taxer le compte comme si le contrat n'avait jamais existé. Il est évident que toutes ces procédures iraient à l'encontre de tout arrangement offert par l'avocat par voie de réclames ou autrement et accepté expressément ou implicitement par le client. Il s'agit là d'une

one of long standing under statutory provisions in the provinces and in the United Kingdom. The procedure raises many questions collateral to the issues which will arise in the event of price advertising by members of the profession. Would the unilateral contract which arises upon the acceptance of the services be, for example, one deemed to have been reached between solicitor and client in advance of the rendering of services so as to require an order of the Court to set it aside should the member of the public receiving those services ultimately resort to his right to taxation of the account as and when rendered? If that be so then is there a need, notwithstanding the public advertisement, for the intervention of independent legal advice before the acceptance of the arrangement when it is subject by statute, which may or may not be mentioned in the advertisement in question, to being set aside by a court at the instance of the client. These questions lie in the path of other courts but fortunately not this one on this appeal.

These taxing provisions, the sections dealing with insurance, client compensation funds, the trust account provisions and the disciplinary measures, to name a few, may find their origin in the unusual nature of legal services, the fiduciary position of the solicitor, the status of the member of the Bar as an officer of the courts of the Province, or perhaps these provisions are the simple recognition in the community of the fact that by the nature of things the worth of legal services cannot be assessed by the general public on receiving them. The matter reaches even further. The general public is not in a position to appraise unassisted the need for legal services or the effectiveness of the services provided in the client's cause by the practitioner, and therefore stands in need of protection. It is the establishment of this protection that is the primary purpose of the *Legal Professions Act*. Different views may be held as to the effectiveness of the mode selected by the Legislature, but none of the parties here challenged the right of the province to enact the legislation. It is up to the Legislature to determine the administrative technique to be employed in the execution of

procédure de longue date prévue par des dispositions législatives tant des provinces que du Royaume-Uni. Elle soulève un bon nombre de questions parallèles à celles qui se présenteront si les membres de la profession font de la publicité concernant leurs prix. Pourrait-on considérer, par exemple, le contrat unilatéral qui prend naissance au moment de l'acceptation des services comme un contrat conclu entre l'avocat et le client avant que les services ne soient rendus, de sorte qu'une ordonnance de la cour soit nécessaire pour l'annuler dans le cas où le citoyen qui reçoit ces services finit par se prévaloir de son droit à la taxation des comptes au fur et à mesure que les services sont rendus? Si c'est le cas, est-il nécessaire, nonobstant la publicité faite auprès du public, que des conseils juridiques indépendants soient dispensés préalablement à l'acceptation de l'arrangement lorsque celui-ci, ce qui peut être ou ne pas être mentionné dans la publicité en question, est aux termes de la loi sujet à annulation par une cour à la demande du client. D'autres cours auront à trancher ces questions, ce qui n'est heureusement pas le cas de cette Cour en l'espèce.

Il est possible que ces dispositions en matière de taxation, les articles portant sur l'assurance et sur les fonds destinés à l'indemnisation de clients ainsi que les dispositions relatives au compte en fiducie et aux mesures disciplinaires, pour ne nommer que ceux-là, tirent leur origine de la nature exceptionnelle des services juridiques, des rapports de confiance entre l'avocat et le client ou de la situation du membre du barreau en sa qualité d'officier des cours de la province. Par contre, il se peut que ces dispositions constituent une simple reconnaissance par la collectivité du fait que, par la force des choses, le public en général n'est pas en mesure d'apprécier la valeur des services juridiques qu'il reçoit. Qui plus est, le public en général est mal placé pour évaluer sans aide le besoin de services juridiques ou l'efficacité des services que l'avocat a fournis au client et il a donc besoin de protection. Assurer cette protection, voilà l'objet premier de la *Legal Professions Act*. On peut ne pas être d'accord sur l'efficacité du mode choisi à cette fin par la législature, mais aucune partie en l'espèce ne conteste le droit de la province d'adopter la loi. Il revient à la législature de déterminer la technique

the policy of its statutes. I see nothing in law pathological about the selection by the provincial Legislature here of an administrative agency drawn from the sector of the community to be regulated. Such a system offers some immediate advantages such as familiarity of the regulator with the field, expertise in the subject of the services in question, low cost to the taxpayer as the administrative agency must, by the statute, recover its own expenses without access to the tax revenues of the Province. On the other hand, to set out something of the other side of the coin, there is the problem of conflict of interest, an orientation favourable to the regulated, and the closed shop atmosphere. In some provinces some lay Benchers are appointed by the provincial governments; in other provinces the Attorney General is seized with the duty as an *ex officio* Bencher of safeguarding the public interest; a right of appeal from decision affecting members is given to the Court; and the confirmation by the Provincial Executive, the Lieutenant Governor in Council, of all regulations adopted by the Society as a prerequisite to their validity. It is for the Legislature to weigh and determine all these matters and I see no constitutional consequences necessarily flowing from the regulatory mode adopted by the province in legislation validly enacted within its sovereign sphere as is the case here.

There are many reasons why a province might well turn its legislative action towards the regulation of members of the law profession. These members are officers of the provincially-organized courts; they are the object of public trust daily; the nature of the services they bring to the public makes the valuation of those services by the unskilled public difficult; the quality of service is the most sensitive area of service regulation and the quality of legal services is a matter difficult of judgment. The independence of the Bar from the state in all its pervasive manifestations is one of the hallmarks of a free society. Consequently, regulation of these members of the law profession by the state must, so far as by human ingenuity it

administrative à employer pour l'application des politiques énoncées dans ses lois. Je ne vois rien d'anormal, du point de vue juridique, dans le fait que la législature provinciale en l'espèce choisisse un organisme administratif dont les membres sont recrutés dans le groupe soumis à la réglementation. Ce système présente certains avantages immédiats, comme la connaissance du domaine, la compétence relative aux services en question et le faible coût pour les contribuables puisque, aux termes de la loi, l'organisme administratif doit payer lui-même ses dépenses, sans puiser dans les recettes fiscales de la province. En revanche, à l'envers de la médaille, il y a le problème des conflits d'intérêts, une orientation favorable à ceux qui sont soumis à la réglementation et l'atmosphère d'atelier fermé. Dans certaines provinces, le gouvernement provincial nomme des Benchers non juristes; dans d'autres provinces, le procureur général en sa qualité de Bencher d'office est chargé de protéger l'intérêt public. Il y a un droit d'appel devant la cour de toute décision qui touche des membres. De plus, tout règlement que l'Association adopte est soumis à la confirmation de l'exécutif provincial, c'est-à-dire du lieutenant-gouverneur en conseil, comme condition de sa validité. Il appartient à la législature d'étudier et de régler toutes ces questions et je ne vois aucune conséquence constitutionnelle qui découle nécessairement du mode de réglementation établi par la province au moyen d'une loi validement adoptée dans l'exercice de sa compétence exclusive, comme c'est le cas en l'espèce.

Il existe un bon nombre de raisons qui pourraient très bien inciter une province à légiférer dans le domaine de la réglementation des membres du barreau. Ces derniers sont des officiers des cours constituées par les provinces; ils se voient chaque jour accorder la confiance du public; de par la nature des services qu'ils fournissent, il est difficile pour le public, qui manque de connaissances dans le domaine, d'évaluer ces services; la qualité des services est le point le plus délicat de la réglementation en matière de services et il est difficile d'apprécier la qualité de services juridiques. L'une des marques d'une société libre est l'indépendance du barreau face à un Etat de plus en plus envahissant. En conséquence, la réglemen-

can be so designed, be free from state interference, in the political sense, with the delivery of services to the individual citizens in the state, particularly in fields of public and criminal law. The public interest in a free society knows no area more sensitive than the independence, impartiality and availability to the general public of the members of the Bar and through those members, legal advice and services generally. The uniqueness of position of the barrister and solicitor in the community may well have led the province to select self-administration as the mode for administrative control over the supply of legal services throughout the community. Having said all that, it must be remembered that the assignment of administrative control to the field of self-administration by the profession is subject to such important protective restraints as the taxation officer, the appeal to the courts from action by the Benchers, the presence of the Attorney General as an *ex officio* member of the Benchers and the legislative need of some or all of the authority granted to the Law Society. In any case this decision is for the province to make.

What then has the Law Society, through the Benchers, done with reference to the regulation of advertising by its members? The courts, it should be said at once, are not concerned with the arguments for and against the advertising of legal services or with the method of regulation adopted by the Benchers in connection therewith; but only with the result in law of those actions and then only to the extent of issues raised in the several questions specified in the order of the Chief Justice as set out above.

In advancing towards a determination that the *CIA* applied to the Law Society, the learned trial judge concluded the Benchers were not authorized by the Act (a) to establish the "policies and Rulings of the Law Society of British Columbia ... with respect to advertising by members;" and (b) to impose "what I have found to be a blanket restraint, tantamount to a complete prohibition of advertising by members ... to the public at large." Reference is then made to a handbook prepared by the Benchers which set forth some rulings on

tation des membres du barreau par l'Etat, doit, dans la mesure où cela est humainement possible, être exempte de toute ingérence politique dans la fourniture de services aux citoyens, surtout dans les domaines du droit public et du droit pénal. Du point de vue de l'intérêt public dans une société libre, il est des plus importants que les membres du barreau soient indépendants, impartiaux et accessibles et que le grand public ait, par leur intermédiaire, accès aux conseils et aux services juridiques en général. La situation unique de l'avocat au sein de la collectivité a très bien pu amener la province à choisir l'autonomie administrative comme mode de contrôle administratif de la fourniture de services juridiques dans la collectivité. Cela dit, il faut se rappeler que l'autonomie administrative de la profession est soumise à des restrictions protectrices importantes, telles que l'officier taxateur, l'appel devant les cours de toute mesure prise par les Benchers, l'existence du procureur général en tant que Bencher d'office et la nécessité du fondement législatif de la totalité ou d'une partie des pouvoirs conférés à l'Association. Quoi qu'il en soit, cette décision relève de la province.

Qu'a donc fait l'Association, par l'intermédiaire des Benchers, quant à la réglementation de la publicité que peuvent faire ses membres? Disons tout de suite que les cours ne s'intéressent ni aux arguments pour ou contre la publicité relative aux services juridiques ni à la méthode de réglementation adoptée par les Benchers à l'égard de cette publicité n'intéressent les cours; seules les intéressent les conséquences juridiques de la publicité et même là, seulement dans la mesure où celles-ci se rapportent aux diverses questions énoncées dans l'ordonnance du Juge en chef, précitée.

La décision du savant juge de première instance, portant que la *L.R.E.C.* s'applique à l'Association, repose sur la conclusion que la Loi n'habilite pas les Benchers a) à établir [TRADUCTION] «les politiques et les règles de l'Association ... relativement à la publicité que peuvent faire ses membres» et b) à imposer «ce que j'estime être une restriction générale qui équivaut à une interdiction absolue aux membres ... de faire de la publicité destinée au grand public». On se réfère alors à un manuel préparé par les Benchers, qui énonce certaines

professional conduct "for the guidance of members of the Law Society." The foreword to these rules describes their origin and function:

This Handbook has been published and distributed by the Benchers of The Law Society of British Columbia to guide and assist the Members in meeting and maintaining proper standards of professional conduct. Members of the profession I am sure will appreciate this intention.

Members should also appreciate that breaches of these rules will have to be considered as unprofessional conduct.

On the other hand, the Professional Conduct Committee invites your comments and criticism in connection with these Rules and your suggestions as to further aspects of professional ethics which may require clarification or specific direction. Undoubtedly as a result, further rulings will be made by the Benchers as occasion requires and these, together with amendments as may be necessary, will be published and distributed from time to time.

Ruling 1 deals with "Canons of Legal Ethics" and outlines the various capacities in which a lawyer functions in the community and his duties in these roles to the state, the court, the client, his fellow practitioner and to himself. In the last-mentioned category reference is made to self-advertisement:

5. (3) The publication or circulation of ordinary simple business cards in recognized legal publications is not per se improper but solicitation of business by circulars or advertisements or by personal communications or interviews not warranted by personal relations, is unprofessional. It is equally unprofessional to seek retainers through agents of any kind. Indirect advertisements for business by furnishing or inspiring newspaper comment concerning causes in which the lawyer has been or is connected, or concerning the manner of their conduct, the magnitude of the interests involved, the importance of the lawyer's position, and like self-laudations which defy the traditions and lower the tone of the lawyer's high calling, should not be tolerated. The best advertisement for a lawyer is the establishment of a well-merited reputation for personal capacity and fidelity to trust.

règles d'éthique professionnelle [TRADUCTION] «pour la gouverne des membres de l'Association». L'avant-propos de ces règles décrit ainsi leur origine et leur rôle:

[TRADUCTION] Les Benchers de la Law Society of British Columbia ont publié et distribué le présent manuel pour la gouverne des membres et pour les aider à respecter et à maintenir des normes appropriées de d'éthique professionnelle. Les membres de la profession sauront sans doute apprécier cet objet.

Les membres doivent en outre se rendre compte que toute infraction aux présentes règles sera considérée comme une conduite contraire à l'éthique professionnelle.

En revanche, le Comité d'éthique professionnelle sollicite vos observations et vos critiques relativement aux présentes règles ainsi que vos suggestions quant aux autres aspects de la déontologie qui peuvent nécessiter des éclaircissements ou des directives précises. Il en résultera sans doute que les Benchers établiront, au besoin, de nouvelles règles qui, avec les modifications qui peuvent se révéler nécessaires, seront publiées et distribuées à l'occasion.

La première règle porte sur les [TRADUCTION] «Règles de la déontologie juridique» et expose les différents rôles que joue l'avocat au sein de la collectivité et les obligations que ces rôles lui imposent envers l'Etat, la cour, le client, ses collègues et lui-même. Dans le contexte de cette dernière catégorie, il y a une règle qui porte sur la publicité personnelle:

[TRADUCTION] 5.(3) La publication ou la mise en circulation d'une simple carte professionnelle ordinaire dans des publications de droit reconnues n'est pas en soi contraire aux règles, mais la sollicitation de clients au moyen soit de circulaires ou de réclames, soit de communications personnelles ou d'entrevues que les relations personnelles ne justifient pas, est contraire à l'éthique professionnelle. Il est également contraire à l'éthique professionnelle d'avoir recours à des mandataires, qui qu'ils soient, pour chercher des clients. On ne doit pas tolérer la publicité indirecte qui consiste, d'une part, à faire des observations dans les journaux ou à inspirer de telles observations concernant des causes avec lesquelles l'avocat a ou a eu un lien quelconque, ou concernant la façon dont elles se sont déroulées, l'importance des intérêts en jeu et l'importance du rôle de l'avocat et, d'autre part, à faire ou à inspirer des éloges de ce genre sur son propre compte, qui vont à l'encontre des traditions de la profession d'avocat et la rabaissent. La meilleure réclame pour l'avocat consiste à se constituer une réputation bien méritée de compétence et de fiabilité.

Part C of the Handbook is headed "Advertising" and includes the following:

Ruling 1 General

It is improper for a member to advertise, except as permitted in this Part, in any publication or on radio or television or in any other media of communication, provided however, that a lawyer may place a card in a directory, law report, legal magazine or review or text intended primarily for circulation amongst lawyers.

Ruling 2 states that it is improper to indicate to the press or public that the lawyer is a specialist in some aspect or field of law. Ruling 3 deals with use of letterhead in fund raising campaigns. Ruling 4 is concerned with the manner of listing of a lawyer's name in telephone directories. This ruling includes an interesting anti-discriminatory provision directed towards the prevention of listings by members in a local directory in which the names of all practitioners may not be listed. Ruling 6 relates to "Announcements" and provides in part:

Announcements may be

(a) published once or twice in a local newspaper and

(b) may be sent by mail

when a lawyer or a firm commences practice, changes his or its telephone number, address, or name or when a lawyer retires or joins as an employee or partner, or a firm is dissolved; but such announcements as are sent by mail may be sent only to other lawyers or to clients of the firm; no other announcements shall be published or sent without the consent of the Law Society or as otherwise permitted by this Part.

An announcement that a member is restricting his practice may be sent only to members of the profession.

When making an announcement in a legal publication, it is proper to indicate date and place of birth, membership in any law or bar society or other professional society, and dates of call to the Bar or admission as a solicitor, but it is improper to include:

(a) Any alleged specialist qualification;

La partie C du manuel, intitulée [TRADUCTION] «La publicité», comporte ce qui suit:

[TRADUCTION] Règle 1 Dispositions générales.

Sous réserve des dispositions de la présente partie, un membre ne doit pas faire de la publicité dans une publication quelconque, à la radio, à la télévision ou par l'intermédiaire d'autres média, mais un avocat peut publier une carte dans un annuaire, dans un recueil de jurisprudence, dans une revue de droit ou dans tout autre ouvrage destiné surtout aux avocats.

Aux termes de la règle 2, l'avocat ne doit pas indiquer à la presse ou au public qu'il se spécialise dans un certain aspect ou domaine du droit. La règle 3 vise l'emploi de papier à en-tête dans le cadre d'une campagne de souscription. La règle 4 vise la manière d'inscrire le nom d'un avocat dans les annuaires téléphoniques. Cette règle contient une disposition antidiscriminatoire intéressante qui vise à empêcher les membres de se faire inscrire dans tout annuaire local où ne peuvent être inscrits les noms de tous les avocats en exercice. La règle 6, qui se rapporte aux [TRADUCTION] «Annonces», dispose notamment:

[TRADUCTION] Les annonces peuvent être

a) publiées une ou deux fois dans un journal local et

b) envoyées par la poste

lorsqu'un avocat ou un cabinet d'avocats commence à exercer, change de numéro de téléphone, d'adresse ou de nom, ou lorsqu'un avocat prend sa retraite ou se joint à un cabinet en tant qu'employé ou associé, ou lorsqu'il y a dissolution d'un cabinet; mais les annonces envoyées par la poste ne peuvent être adressées qu'à d'autres avocats ou à des clients du cabinet; nulle autre annonce ne doit être publiée ni envoyée, à moins que l'Association n'y consente ou que d'autres dispositions de la présente partie ne le permettent.

Une annonce portant qu'un membre limite son exercice ne peut être envoyée qu'aux membres de la profession.

Lorsqu'un avocat met une annonce dans une publication de droit, il doit indiquer sa date et son lieu de naissance, son appartenance à une association d'avocats ou à toute autre association professionnelle, la date de son admission au barreau ou de son inscription comme avocat, mais il ne doit pas mentionner:

a) une présumée compétence de spécialiste;

(b) Any office held in any society other than a society devoted to the legal profession;

(c) Membership in any fraternity, club or organization;

(d) Official positions such as Municipal Solicitor, Member of Law Faculty or Public Trustee, unless the lawyer is not engaged in the public practice of law.

Ruling 9 refers to dealings with the press and broadcasters and limits what is popularly referred to as 'trial outside the courtroom'. Ruling 10 is entitled "Signs" and as it deals expressly with what is before the Court in these appeals it should be set out in full:

It is permissible to have a sign at the place of business of a lawyer stating the name or names of the firm and its members with the additional words "Barrister and Solicitor" but the sign may not be of an advertising or commercial nature. Any such signs may be lettered on windows or affixed to buildings but shall not extend over public property nor be larger than dignity and good taste would permit.

There is no need to particularize these rulings further. None of the parties have asserted that they have any statutory base in the sense of promulgated regulations. The issue here arises not because of this informal compilation of accumulated determinations by the Benchers in their committees functioning under s. 48(b) and s.1 of the Act, but because of the action specifically taken here by the Law Society under these provisions of the statute.

Having reviewed the statute in detail, the Court of Appeal concluded that the "*Legal Professions Act* authorizes the Law Society of British Columbia to do what it has done". The appellants in the Law Society action do not challenge this on the basis of any inadequacy of provision in the statute itself but rather on the grounds that the Benchers, not being a publicly appointed body have not acted and cannot act with the "authorization" of the province in the sense of the so-called regulated industry cases. The appellant in the Jabour action likewise does not challenge this conclusion of the Court of Appeal. The appellant

b) une charge occupée au sein d'une association quelconque autre qu'une association consacrée à la profession d'avocat;

c) l'appartenance à une confrérie, à un club ou à une organisation quelconques;

d) les postes officiels tels que procureur d'une municipalité, membre d'une faculté de droit ou curateur public, à moins que l'avocat ne s'adonne pas à l'exercice public du droit.

La règle 9, qui vise les relations avec la presse écrite et électronique, limite ce qu'on appelle communément les «procès hors de la salle d'audience». La règle 10, intitulée [TRADUCTION] «Les enseignes», vise expressément la question dont cette Cour est saisie en l'espèce. Il convient donc de la citer intégralement:

[TRADUCTION] Un avocat peut avoir à son lieu d'affaires une enseigne indiquant la raison sociale du cabinet et les noms de ses membres ainsi que les mots «Barrister and Solicitor», mais il ne doit pas s'agir d'une enseigne publicitaire ou d'une enseigne de nature commerciale. Cette enseigne peut être apposée sur une fenêtre ou fixée à un immeuble, mais elle ne doit pas surplomber la propriété publique ni avoir une grandeur qui dépasse les limites de la dignité et du bon goût.

Il n'est pas nécessaire d'entrer davantage dans le détail de ces règles. Aucune des parties ne prétend que celles-ci se fondent sur une loi au même titre qu'un règlement promulgué en application d'une loi. La question soulevée ici découle non pas de cette compilation non officielle de l'ensemble des décisions prises par les Benchers siégeant en comité conformément à l'al. 48b) et à l'art. 1 de la Loi, mais de la mesure précise que l'Association a prise en vertu de ces dispositions de la Loi.

Ayant examiné la Loi en détail, la Cour d'appel a conclu que la [TRADUCTION] «*Legal Professions Act* habilite l'Association à faire ce qu'elle a fait». Les appelants dans l'action intentée par l'Association contestent cela en se fondant non pas sur le caractère inadéquat des dispositions de la Loi elle-même, mais sur le motif que les Benchers, n'étant pas un organisme dont les membres sont nommés par le gouvernement, n'ont pas agi ni ne peuvent agir avec l'«autorisation» de la province au sens des arrêts portant sur ce qu'on appelle les industries réglementées. L'appelant Jabour, lui non plus, ne conteste pas la conclusion de la Cour d'appel. Il

Jabour takes the view that whatever the effect be of action by the Benchers under the provincial statute or whatever it be specifically authorized to do by that Act, the provincial statute does not have the effect in law of removing the action of the Benchers from the reach of the *CIA*. This position appears to be differently expressed from that of the other appellants and imports the added notion that the provincial statute must go further than simply authorizing the action of the Benchers in regulating advertising, but must in doing so set up "a regulatory scheme as a substitute for competition," or "a substitute mechanism for competition to achieve the public interest". I will return to this submission in a moment. The appellant Jabour does, however, challenge the notion that statutory authorization to regulate includes the authority to prohibit. The federal appellants phrase this viewpoint by submitting that a prohibition against "informational advertising" is a blanket prohibition of advertising and when adopted by a self-governing body cannot be a scheme adopted, approved and authorized by the province so as to qualify as a regulated industry immune from prosecution under the *CIA*. In short the "prohibited" actions must be organized and specified by the Province and not by the Benchers. At this point the position of all the appellants converges.

May it be emphasized that courts are not here to scrutinize the policy on advertising as such. However it does not advance the answer to the issue to quantify or classify the regulatory effect of the decision of the Discipline Committee according to supposed classifications of advertising. The propriety in law, and its ultimate position under the *CIA*, of the action in question will not vary according to whether the advertising be informational or otherwise, if there be in fact or in law such a distinction. Whether it be a "blanket prohibition" or some other type of prohibition will not dictate the outcome here either. The policy of the Benchers as revealed by the Professional Conduct Hand-

fait plutôt valoir que, quel que soit l'effet d'une mesure prise par les Benchers en vertu de la loi provinciale ou peu importe ce que celle-ci les habilite expressément à faire, cette loi n'a pas pour effet juridique de soustraire les actes des Benchers à l'application de la *L.R.E.C.* Il s'agit là d'un argument dont la formulation semble différente de celle de l'argument des autres appelants, en ce sens qu'il comporte en plus la notion que la loi provinciale ne doit pas simplement se contenter d'autoriser les mesures que peuvent prendre les Benchers pour réglementer la publicité, mais elle doit en même temps établir soit [TRADUCTION] «un plan de réglementation qui viendra se substituer à la concurrence», soit [TRADUCTION] «un mécanisme destiné à remplacer la concurrence afin de servir l'intérêt public». Je reviendrai à cet argument sous peu. L'appelant Jabour conteste toutefois la notion que le pouvoir de réglementer que confère une loi comprend le pouvoir d'interdire. Les appelants qui représentent le gouvernement fédéral pour leur part formulent ce point de vue en faisant valoir qu'une interdiction de la [TRADUCTION] «publicité informative» constitue une interdiction générale de la publicité et que, si elle est imposée par un organisme autonome, cette interdiction ne peut constituer un plan adopté, approuvé et autorisé par la province; on ne se trouve donc pas en présence d'une industrie réglementée qui jouit d'une immunité contre toutes poursuites intentées en vertu de la *L.R.E.C.*. En bref, il revient à la province et non pas aux Benchers de déterminer et de préciser les actes «interdits». Tous les appelants s'entendent sur ce point.

Soulignons qu'il n'appartient nullement aux cours d'examiner la politique relative à la publicité comme telle. Il ne sert toutefois à rien en l'espèce de quantifier ou de classifier, suivant de présumées classifications de la publicité, l'effet de réglementation que peut avoir la décision du comité de discipline. La légitimité de la mesure en question et, en fin de compte, sa situation en vertu de la *L.R.E.C.* ne varieront pas suivant que la publicité est informative ou non, à supposer que pareille distinction existe en fait ou en droit. Qu'il s'agisse d'une «interdiction générale» ou d'un autre type d'interdiction, cela non plus n'est pas déterminant en l'espèce. La politique des Benchers qui se

book does allow some specific advertisements which do include 'information' about the member practitioners. That said, the issue remains, firstly, does the statute authorize the Benchers' action in disciplining the appellant Jabour for his advertising activities, and secondly, in any case does the *CIA* apply to the action by the Benchers first as a matter of statutory interpretation and then as a matter of constitutional law. It is at this point in the journey through these various issues that I respectfully come to the same conclusion as the Court of Appeal, namely that the action taken by the Benchers is authorized by the statute.

It is true, as argued here and below by all appellants, that a statutory "power" to regulate does not always include the "power" to prohibit (*vide Re Bridgman and City of Toronto*, [1951] O.R. 489 (H. Ct.); *R. v. Shamrock Fuel Co.*, [1924] 3 W.W.R. 454 (Sask. K.B.)) but that is not the issue here. The statute directs the Law Society acting through the Benchers to determine in the public interest what "matter, conduct or thing" is "conduct unbecoming a member of the Society," to refer back to s. 1 of the Act. The decision of the Discipline Committee presumably reflects the announced policy of the Law Society on the matter of advertising. None of the parties has said otherwise. The statute does not limit the Benchers in the regulation of advertising nor does it confine them to matters of standards of "competence and integrity" in the words of s. 32(6) of the *CIA*. The statute authorizes disciplinary action for "conduct unbecoming a member of the Society" and the mandate was broadly styled by the Legislature when it saw fit to define "conduct unbecoming" as including "any matter, conduct or thing that is deemed in the judgment of the Benchers to be contrary to the best interest of the public or of the legal profession".

That is a far cry from a legislative mandate predicated on a single power "to regulate" where there is no elaboration of the conduct to be regu-

dégage du Manuel d'éthique professionnelle permet certaines formes précises de publicité qui comprennent des [TRADUCTION] «renseignements» sur les avocats membres. Cela dit, il reste à déterminer, en premier lieu, si la loi autorise les mesures disciplinaires qu'ont prises les Benchers contre l'appelant Jabour en raison de la publicité faite par ce dernier et, en second lieu, si la *L.R.E.C.* s'applique en tout état de cause à ces mesures d'abord comme question d'interprétation des lois et ensuite comme question de droit constitutionnel. C'est à ce moment dans mon examen de ces différentes questions que j'en arrive, avec égards, à la même conclusion que la Cour d'appel, savoir que la Loi autorise les mesures prises par les Benchers.

Il est vrai, comme l'ont fait valoir tous les appelants en cette Cour et devant les cours d'instance inférieure, qu'un «pouvoir» de réglementer conféré par une loi ne comprend pas toujours le «pouvoir» d'interdire (voir *Re Bridgman and City of Toronto*, [1951] O.R. 489 (H.C.), *R. v. Shamrock Fuel Co.*, [1924] 3 W.W.R. 454 (B.R. Sask.), mais là n'est pas la question en l'espèce. Aux termes de la Loi, l'Association, par l'intermédiaire des Benchers, doit déterminer dans l'intérêt public quelle «affaire, conduite ou chose» constitue une «conduite indigne d'un membre de l'Association», pour reprendre le langage de l'art. 1 de la Loi. Il y a lieu de croire que la décision du comité de discipline traduit la politique reconnue de l'Association en matière de publicité. Aucune partie n'a dit le contraire. La Loi n'impose aucune restriction aux Benchers relativement à la réglementation de la publicité ni ne les limite à des questions de normes de «compétence et ... d'intégrité», comme le dit le par. 32(6) de la *L.R.E.C.* La Loi autorise la prise de mesures disciplinaires à l'égard de toute «conduite indigne d'un membre de l'Association» et en jugeant approprié de définir la «conduite indigne» comme comprenant «toute affaire, conduite ou chose que les Benchers estiment contraire aux intérêts du public ou du barreau», la législature a donné au mandat des Benchers une vaste portée.

Cela est loin de constituer un mandat conféré par voie législative qui se fonde sur l'unique pouvoir «de réglementer» lorsqu'on ne précise pas la

lated. Authorities such as the decision of the Saskatchewan Court of Appeal in *Merchant v. Benchers of the Law Society of Saskatchewan*, [1973] 2 W.W.R. 109, are of no assistance in this proceeding because the statute there contained no definition of "conduct unbecoming" or of "professional misconduct" leaving to the court the duty to establish such a definition. Here the Legislature has expressly directed the Benchers to formulate such a definition. The appellant of course was under no misapprehension in advance of his advertising activities as to the policy of the Benchers in that regard. In the end, therefore, the proceedings find their origin in the simple challenge arising between the member Jabour and the Law Society as to the right of the Benchers to define and prohibit the type of advertising in which Jabour, as a member, engaged. The immediate issue therefore is the statutory authority granted by the province to the Benchers for its actions and I find this authority to be present.

This brings me then to an examination of the federal statute, the *CIA*, to determine if, on a proper interpretation, its terms and provisions reach the respondent in these proceedings.

Combines Investigations Act

This statute has had a long history commencing as component provisions in the *Criminal Code*. The present statute, its amendments and related statutes have been the subject of litigation in the courts since the late nineteenth century. By amendments made in 1975 it is said that the scope of the Act has been affected in a way material to these proceedings. The principal offence with reference to restraint on competition is found in s. 32:

**32.** (1) Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person

(*a*) to limit unduly the facilities for transporting, producing, manufacturing, supplying, storing or dealing in any product,

(*b*) to prevent, limit or lessen, unduly, the manufacture or production of a product, or to enhance unreasonably the price thereof,

conduite à réglementer. Des arrêts comme celui de la Cour d'appel de la Saskatchewan, *Merchant v. Benchers of the Law Society of Saskatchewan*, [1973] 2 W.W.R. 109, ne nous sont d'aucun secours en l'espèce parce que la loi en cause ne contenait pas de définition des expressions «conduite indigne» et «faute professionnelle»; elle laissait plutôt à la cour le soin d'établir ces définitions. En l'espèce, la législature a ordonné expressément aux Benchers de formuler des définitions. Il est certain que, quand il a fait la publicité en question, l'appelant n'ignorait pas la politique des Benchers à cet égard. Donc, en dernière analyse, ces procédures tirent leur origine de la simple contestation entre le membre Jabour et l'Association quant au droit des Benchers de définir et d'interdire le type de publicité à laquelle Jabour, en sa qualité de membre, s'est livré. La question immédiate est donc de savoir si, par voie législative, la province a conféré aux Benchers le pouvoir de prendre les mesures qu'ils ont effectivement prises, et j'estime qu'elle les a investis de ce pouvoir.

Voilà qui m'amène donc à examiner la loi fédérale, savoir la *L.R.E.C.*, en vue de déterminer si, en les interprétant correctement, ses termes et ses dispositions s'appliquent à l'intimée en l'espèce.

La Loi relative aux enquêtes sur les coalitions

Cette loi, qui à l'origine faisait partie du *Code criminel*, existe depuis longtemps. La loi actuelle, ses modifications et les lois connexes font l'objet de litiges devant les tribunaux depuis la fin du dix-neuvième siècle. On dit que des modifications apportées en 1975 touchent la portée de la Loi d'une manière qui est pertinente en l'espèce. La principale infraction relativement à la restriction de la concurrence se trouve à l'art. 32:

**32.** (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans ou d'une amende d'un million de dollars, ou de l'une et l'autre peine, toute personne qui complote, se coalise, se concerte ou s'entend avec une autre

*a*) pour limiter indûment les facilités de transport, de production, de fabrication, de fourniture, d'emmagasinage ou de négoce d'un produit quelconque;

*b*) pour empêcher, limiter ou diminuer, indûment, la fabrication ou production d'un produit ou pour en élever déraisonnablement le prix;

(*c*) to prevent, or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of a product, or in the price of insurance upon persons or property, or

(*d*) to otherwise restrain or injure competition unduly,

is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for five years or a fine of one million dollars or to both.

Section 2 defines certain terms including:

"product" includes an article and a service;
"service" means a service of any description whether industrial, trade, professional or otherwise;
"supply" means,

. . .

(*b*) in relation to a service, sell, rent or otherwise provide a service or offer so to provide a service;
"trade, industry or profession" includes any class, division or branch of a trade, industry or profession.

Provisions specifically dealing with restraint on advertising are found in s. 32(2) and (3) the latter providing however that defences in subs. (2) are not applicable if the:

. . . conspiracy, combination, agreement or arrangement has lessened or is likely to lessen competition unduly in respect of one of the following:

(*a*) prices,
(*b*) quantity or quality of production,
(*c*) markets or customers, or
(*d*) channels or methods of distribution,

or if the conspiracy, combination, agreement or arrangement has restricted or is likely to restrict any person from entering into or expanding a business in a trade, industry or profession.

Subsection (6), which was added in 1975, raises a specific defence where the agreement relates to a profession:

(6) In a prosecution under subsection (1), the court shall not convict the accused if it finds that the conspiracy, combination, agreement or arrangement relates only to a service and to standards of competence and integrity that are reasonably necessary for the protection of the public

*c*) pour empêcher ou diminuer, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, l'entreposage, la location, le transport ou la fourniture d'un produit, ou dans le prix d'assurances sur les personnes ou les biens; ou
*d*) pour restreindre ou compromettre, indûment de quelque autre façon, la concurrence.

L'article 2 contient certaines définitions dont:

«produit» comprend un article et un service;
«service» désigne tout genre de service, industriel, commercial, professionnel ou autre;
«fournir» ou «approvisionner» signifie

. . .

*b*) relativement à un service, vendre, louer ou autrement fournir un service ou offrir de le faire;
«commerce, industrie ou profession» comprend toute catégorie, division ou branche d'un commerce, d'une industrie ou d'une profession.

Les paragraphes 32(2) et (3) contiennent des dispositions visant expressément la restriction de la réclame; le par. (3) dispose toutefois que les moyens de défense prévus au par. (2) ne s'appliquent pas si:

. . . le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement a réduit ou semble devoir réduire indûment la concurrence à l'égard de l'un des sujets suivants:

*a*) les prix,
*b*) la quantité ou la qualité de la production,
*c*) les marchés ou les clients, ou
*d*) les voies ou les méthodes de distribution,

ou si le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement a restreint ou semble devoir restreindre les possibilités pour une personne d'entrer dans un commerce, une industrie ou une profession ou d'accroître une entreprise commerciale, industrielle ou professionnelle.

Le paragraphe (6), ajouté en 1975, crée un moyen de défense spécial lorsque l'accord se rapporte à une profession:

(6) Dans les poursuites intentées en vertu du paragraphe (1), la cour ne doit pas déclarer l'accusé coupable si elle conclut que le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement porte uniquement sur un service et sur des normes de compétence et des critères d'intégrité raisonnablement nécessaires à la protection du public

(*a*) in the practice of a trade or profession relating to such service; or

(*b*) in the collection and dissemination of information relating to such service.

The foregoing sets out the statute as it stood at the commencement of the proceedings in 1978.

In 1975 Parliament enacted c. 76 of the *Statutes of Canada*, 1974-75-76, as a comprehensive series of amendments to the *CIA*. Several of the 1975 amendments are said to deal with the extension of the Act to embrace the regulation of competition in the professions theretofore left to the provinces' administrative control. In s. 2, for example, the definition of "product" was extended to include "service". A definition of "service" was inserted, *supra*; a definition of "supply" was added, *supra*; and the word "profession" was added to the definition of "trade or industry", *supra*. In Part V entitled "Offences in Relation to Competition" the word "article" in the operative s. 32, which is set out above, was replaced by the word "product" which of course has been defined in the 1975 amendments to include the word "service". Subparagraph (*d*) which is set out in full earlier replaces a narrower provision which read:

(*d*) to restrain or injure trade or commerce in relation to any article.

Subsections (2) and (3), relating to a defence and a limitation of that defence respectively, were revised by referring to a "profession" in addition to "trade and industry" in the pre-existing statute.

No reference has here been made to s. 32(4) and (5) as they relate to exports and do not concern us nor do they throw any light on the meaning of the balance of s. 32; nor to subs. (7) which is also unrelated to the issues at hand.

The authority of the Director to make the inquiry here launched is found in s. 8, the relevant portion of which reads as follows:

*a*) dans l'exploitation d'un commerce ou l'exercice d'une profession rattachés à ce service, ou

*b*) dans la collecte et la diffusion de l'information se rapportant à ce service.

Les extraits précités sont tirés de la loi telle qu'elle existait au début des procédures en 1978.

En 1975, le Parlement, par l'adoption du chap. 76 des *Statuts du Canada*, 1974-75-76, a apporté toute une série de modifications à la *L.R.E.C.* On dit que plusieurs de ces modifications ont pour effet d'étendre l'application de la Loi à la réglementation de la concurrence au sein des professions libérales, ce qui relevait jusque-là du pouvoir administratif des provinces. A l'article 2, par exemple, la définition du mot «produit» a été élargie de manière à comprendre un «service». Il y a eu insertion des définitions précitées des mots «service» et «fournir» ou «approvisionner», et à la définition de «commerce ou industrie» on a ajouté le mot «profession», précité. A la partie V, intitulée «Infractions relatives à la concurrence», le mot «article» qui figurait dans le dispositif de l'art. 32, précité, a été remplacé par le mot «produit» qui, évidemment, selon la définition qui figure dans les modifications de 1975, comprend le mot «service». L'alinéa *d*), reproduit intégralement plus haut, remplace une disposition de portée moins large qui se lisait comme suit:

*d*) pour restreindre ou compromettre les échanges ou le commerce à l'égard d'un article.

Le paragraphe (2) qui crée un moyen de défense et le par. (3) qui apporte une restriction à ce moyen ont été modifiés par l'ajout du mot «profession» aux mots «commerce» et «industrie» qui figuraient dans l'ancienne loi.

On n'a pas parlé en l'espèce des par. 32(4) et (5), car ceux-ci visent les exportations et sont donc sans intérêt pour nous; de plus, ils ne nous éclairent pas sur le sens du reste de l'art. 32. On a également passé sous silence le par. (7) qui, lui aussi, n'a rien à voir avec les questions dont nous sommes saisis.

Le pouvoir du directeur de mener l'enquête qui a été instituée en l'espèce repose sur l'art. 8 dont voici la partie pertinente:

**8.** The Director shall

. . .

(*b*) whenever he has reason to believe that

. . .

(iii) an offence under Part V [which includes s. 32, *supra*] or section 46.1 has been or is about to be committed,

. . .

cause an inquiry to be made into all such matters as he considers necessary to inquire into with the view of determining the facts.

Section 17(1) is a procedural or implementation section affording the Director the right to make application to the Restrictive Trade Practices Commission for an order for the examination of anyone in Canada and the production of the documents of such a person and for such examination the RTPC shall have the powers of a superior court for the enforcement of its subpoenas. Such a section of course presupposes a valid subject of inquiry and is not an independent source of a right to institute an inquiry under the statute.

Here the Director in at least two parts of the record has revealed the purpose of the inquiry concerning the Law Society. The application of the Director to the RTPC for an order establishing the hearing includes in para. 16 thereof:

16. The foregoing information gives me reason to believe that the Law Society of British Columbia and the Benchers of the Society have committed an offence under section 32 of the Act in that they have agreed or arranged to lessen competition unduly in the supply of legal services in the province of British Columbia by maintaining and enforcing an arrangement to restrict advertising. This arrangement has the effects of lessening competition unduly with respect to prices, quantity and quality of production, markets or customers, and channels and methods of distribution and has restricted and is likely to restrict any person from entering into and expanding his business in the profession. I believe that the person named in this application may give material evidence in this inquiry.

**8.** Le directeur doit,

. . .

*b*) chaque fois qu'il a des raisons de croire

. . .

(iii) qu'on a commis ou qu'on est sur le point de commettre une infraction visée par la Partie V [qui comprend l'art. 32, précité] ou l'article 46.1,

. . .

faire étudier toutes questions qui, d'après lui, nécessitent une enquête en vue de déterminer les faits.

Le paragraphe 17(1) est une disposition de procédure ou d'application qui investit le directeur du droit de demander à la Commission sur les pratiques restrictives du commerce d'ordonner l'interrogatoire de toute personne qui se trouve au Canada et la production des documents par cette personne, et, aux fins de l'interrogatoire, la Commission détient les pouvoirs d'une cour supérieure quant à l'exécution de ses brefs d'assignation. Cet article présuppose, bien entendu, que l'enquête a un objet valide et il ne constitue pas une source indépendante d'un droit d'ouvrir une enquête en vertu de la Loi.

En l'espèce, le directeur révèle dans au moins deux parties du dossier l'objet de l'enquête sur l'Association. Au paragraphe 16 de la demande faite à la Commission par le directeur en vue d'ordonner l'ouverture de l'enquête, on retrouve ce qui suit:

[TRADUCTION] 16. Les renseignements qui précèdent me portent à croire que l'Association et ses Benchers ont commis une infraction à l'art. 32 de la Loi, en ce sens qu'ils se sont concertés ou entendus pour réduire indûment la concurrence dans la fourniture de services juridiques dans la province de la Colombie-Britannique par le maintien et l'application d'un arrangement en vue de restreindre la réclame. Cet arrangement a pour effet de réduire indûment la concurrence à l'égard des prix, de la quantité et de la qualité de la production, des marchés ou des clients et des voies et des méthodes de distribution et a restreint et semble devoir restreindre les possibilités pour une personne d'entrer dans la profession et d'accroître son entreprise professionnelle. J'estime que la personne nommée dans la présente demande pourra rendre un témoignage pertinent dans le cadre de cette enquête.

In a letter to the Law Society prior to the institution of the inquiry proceeding, the appellant Director stated:

> At the same time, I must remind you that the provisions of Part V of the Act are criminal offences and under section 8(*b*) I am required to conduct an inquiry whenever I have reason to believe that an offence has been or is about to be committed. You can appreciate that I am obligated to carry out my statutory responsibilities.

In the letter to the Law Society from the appellant Director announcing the inquiry, the style, heading or reference at the opening of the letter used the following language:

> In the Matter of the Combines Investigation Act
>
> and
>
> In the Matter of an Inquiry Relating to the Production, Purchase, Sale and Supply of Legal Services and Related Products in the Province of British Columbia

The body of the letter included the following statement:

> While the conduct of the Society will be inquired into in these hearings it is not possible to identify at this point the additional persons, if any, whose conduct will also be the subject of inquiry. It is expected that Donald Jabour and Victor Stephens will be among the witnesses examined. Any person who wishes to make application for representation during the examination or the examination of other witnesses may do so at the commencement of the hearings.

There is no doubt, nor was it otherwise contended before us, that the inquiry was launched for the purpose of inquiring into the possible commission of an offence by the respondents and perhaps others under s. 32 of the *CIA*, and specifically an offence relating to alleged lessening of "competition, unduly, in the supply of legal services in the province of British Columbia".

Taking s. 32 as an entity it is evident that the parliamentary intent in 1975 was to expand the ambit of the section to include at least some aspects of the professions and their activities. The respondents contend the amendments do not

Dans une lettre qu'il avait adressée à l'Association avant que l'enquête ne soit ouverte, le directeur appelant affirme:

> [TRADUCTION] Je tiens en même temps à vous rappeler qu'il est question à la partie V de la Loi d'infractions criminelles et que l'al. 8*b*) m'oblige à mener une enquête chaque fois que j'ai des raisons de croire qu'on a commis ou qu'on est sur le point de commettre une infraction. Vous vous rendrez bien compte que je suis tenu d'assumer les responsabilités que m'impose la Loi.

Au début de la lettre dans laquelle le directeur appelant a fait part de l'ouverture de l'enquête à l'Association, l'intitulé, l'en-tête ou l'objet se lit comme suit:

> [TRADUCTION] Dans l'affaire de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*
>
> et
>
> Dans l'affaire d'une enquête relative à la production, à l'achat, à la vente et à la fourniture de services juridiques et de produits connexes dans la province de la Colombie-Britannique

Le corps de la lettre comprend la déclaration suivante:

> [TRADUCTION] Même si, lors de ces audiences, l'enquête portera sur la conduite de l'Association, il n'est pas encore possible d'identifier les autres personnes, s'il en est, dont la conduite fera également l'objet d'une enquête. On s'attend que Donald Jabour et Victor Stephens figureront parmi les témoins qui seront interrogés. Toute personne qui souhaite présenter une demande en vue de se faire représenter au cours de leur interrogatoire ou de celui de tout autre témoin pourra le faire au début des audiences.

Il ne fait pas de doute, et on n'a pas affirmé le contraire en cette Cour, que l'enquête avait pour objet de déterminer si les intimés et peut-être d'autres personnes avaient commis une infraction à l'art. 32 de la *L.R.E.C.*, et plus particulièrement une infraction qui aurait consisté à réduire «indûment la concurrence dans la fourniture de services juridiques dans la province de la Colombie-Britannique».

Si l'on prend l'art. 32 dans son ensemble, il est évident que l'intention du Parlement en 1975 était d'étendre la portée de l'article de manière que celui-ci englobe au moins certains aspects des professions libérales et des activités qui s'y rapportent.

extend the reach of the section to their activities as a governing body. The appellants take the opposite view and assert that the effect of these amendments is to regulate the professions in the same way as "trade and industry" (save where specially prescribed defences may relate differently as between the categories of trade, industry and profession).

Les intimés prétendent que les modifications n'ont pas pour effet de rendre l'article applicable à leurs activités en tant que conseil d'administration. Les appelants sont d'avis contraire et font valoir que ces modifications ont pour effet de réglementer les professions libérales de la même façon qu'un «commerce» ou une «industrie» (sauf lorsque des moyens de défense expressément prévus peuvent jouer différemment selon qu'il s'agit d'un commerce, d'une industrie ou d'une profession).

The Regulated Industries Cases

The relationship between provincial regulatory statutes and the federal law has been discussed repeatedly in the courts. These cases are generally referred to as the 'regulated industries cases'. The appellants rely on these authorities to demonstrate the paramount position of the federal authority, at least where:

(a) the provincial statute does not expressly authorize the conduct of the public authority before the court, and

(b) the federal statute expressly renders such conduct criminal.

Les arrêts relatifs aux industries réglementées

Le rapport entre les lois de réglementation provinciales et la loi fédérale est une question souvent débattue devant les cours. Les arrêts dans ce domaine sont généralement appelés «arrêts relatifs aux industries réglementées». Les appelants se fondent sur ces arrêts pour démontrer la prépondérance du pouvoir fédéral, du moins lorsque:

a) la loi provinciale n'autorise pas expressément la conduite de l'autorité publique impliquée dans le litige, et

b) la loi fédérale prévoit expressément que pareille conduite constitue une infraction criminelle.

The respondents on the other hand draw from these cases the conclusion that unless the federal statute clearly conflicts with the provincial regulatory statute, the proper interpretation is that which avoids any conflict. Some of the interveners counter the position of the appellants in (b) above and brief reference will be made to that later in these reasons.

Les intimées, par contre, tirent de ces arrêts la conclusion que, à moins que la loi fédérale ne soit clairement incompatible avec la loi de réglementation provinciale, la bonne interprétation est celle qui évite tout conflit. Certains intervenants contestent l'argument mis de l'avant par les appelants à l'al. b) ci-dessus et j'y reviendrai brièvement plus loin.

These decisions generally deal with provincial marketing schemes for natural products and the courts have found that neither the provincial statute nor the action of the public agencies administering them conflict with the federal competition legislation.

Ces arrêts portent généralement sur des plans provinciaux de commercialisation de produits naturels et les cours ont conclu que ni la loi provinciale ni les actes des organismes publics chargés de la mise en oeuvre de ces plans n'étaient incompatibles avec la loi fédérale en matière de concurrence.

The earliest of these cases is *R. v. Chung Chuck*, [1929] 1 D.L.R. 756, a decision of the British Columbia Court of Appeal. The Court found a provincial statute establishing a marketing agency to regulate volume and prices of certain farm products offended neither the federal powers in

Le premier de ces arrêts est l'arrêt *R. c. Chung Chuck*, [1929] 1 D.L.R. 756, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Celle-ci a conclu qu'une loi provinciale établissant un organisme de commercialisation dont la tâche était de réglementer les quantités et les prix de certains produits

trade and commerce nor criminal law, and specifically would not constitute an offence under s. 498 of the *Criminal Code* so as to conflict with that provision (as the forerunner of s. 32 then was). Macdonald J.A. for the court stated at p. 759:

> Whether or not s. 498 is *intra vires* of the Dominion parliament, it cannot be said that to operate under an Act of the provincial legislature *validly* enacted enabling producers to market the products of the soil by orderly methods and under such restrictions as will tend to insure a fair return, is to commit a criminal offence within the meaning of s. 498 . . .
>
> Granted that the Act is *intra vires* following its provisions and acting under its sanction cannot constitute a criminal offence.

The principal thrust of the judgment was that adherence to the provincial statute could not amount to an intent "unduly" to limit production. The court went so far later in its judgment as to say that to the extent the two statutes were in conflict, s. 498 was *ultra vires*. In the end the Court of Appeal found that there was no conflict between the two statutes. It should be noted because of the argument by the appellants that the Benchers were essentially private in nature as compared to an agency staffed by provincial public servants, that the Marketing Committee in the *Chung Chuck* case was appointed by the Lieutenant Governor in Council but two of the three members were to be appointed from the growers of the produce being marketed or by shippers of that produce, and the third member was appointed by the Lieutenant Governor in Council from outside these classes. The majority of the Committee fixing volume and prices, therefore, appears to have been drawn from the members of the trade or industry in question, and the actions of this Committee were not subject to confirmation by the provincial government.

Under a Quebec statute a Commission appointed by the province established minimum prices for the sale of milk in the Province of Quebec. The

agricoles n'était inconciliable ni avec les pouvoirs fédéraux en matière d'échanges et de commerce ni avec le droit criminel, et plus particulièrement, n'allait pas à l'encontre de l'art. 498 du *Code criminel* et n'était pas incompatible avec cette disposition (qui était l'équivalent de l'actuel art. 32). Le juge Macdonald, au nom de la cour, affirme à la p. 759:

> [TRADUCTION] Peu importe que l'art. 498 soit ou non *intra vires* du Parlement du Canada, on ne saurait prétendre que c'est une infraction criminelle au sens de l'art. 498 que d'agir en vertu d'une loi que la législature provinciale a *validement* adoptée et qui permet aux producteurs de commercialiser de façon ordonnée les produits de la terre tout en leur imposant des restrictions qui leur assureront un rendement équitable . . .
>
> A supposer que la Loi soit *intra vires*, le fait de suivre ses dispositions et d'agir sous son régime ne peut constituer une infraction criminelle.

Il se dégage principalement de cet arrêt que l'observation de la loi provinciale ne pouvait équivaloir à une intention de limiter «indûment» la production. Plus loin, la cour est allée jusqu'à dire que dans la mesure où il y avait incompatibilité des deux lois, l'art. 498 était *ultra vires*. Mais elle a fini par conclure qu'il n'y avait pas de conflit entre les deux lois. Il est à noter, étant donné l'argument des appelants que les Benchers sont un groupe de nature essentiellement privée comparativement à un organisme dont les employés sont des fonctionnaires provinciaux, que c'était le lieutenant-gouverneur en conseil qui avait constitué le comité de commercialisation dont il était question dans l'arrêt *Chung Chuck*, mais que deux de ses trois membres devaient être nommés par les producteurs des denrées commercialisées ou par les expéditeurs de ces denrées, tandis que le troisième, nommé par le lieutenant-gouverneur en conseil, ne devait appartenir à ni l'une ni l'autre de ces catégories. Les membres du comité chargé de la fixation des quantités et des prix semblent donc, en majorité, avoir été choisis parmi les personnes liées au commerce ou à l'industrie en question, et les actes de ce comité n'étaient pas assujettis à la confirmation du gouvernement provincial.

Dans l'affaire *R. v. Simoneau* (1935), 65 C.C.C. 19, une commission nommée par la province, agissant en vertu d'une loi québécoise, avait fixé des

Court in *R. v. Simoneau* (1935), 65 C.C.C. 19, followed the same line of reasoning as in *Chung Chuck* and found no conflict between the provincial and federal statutes, and further that compliance with a valid provincial statute could not result in an action contrary to the public interest. The Court did not consider the action of the Dairy Commission to be an 'agreement' as the term is used in the combines legislation, and concluded that the essential element of agreement amongst competitors was missing. The Saskatchewan Court of Appeal in *Cherry v. The King ex rel. Wood* (1937), 69 C.C.C. 219, had to consider provincial milk marketing legislation and again found no conflict between the local statute and the federal combines legislation. Martin J. A., as he then was, writing for the Court, considered the impact of s. 498 of the *Code* at p. 226:

> ... as it is argued that the powers of the Milk Board particularly of fixing prices fall within the purview of the criminal law, one might well inquire who are the persons who conspire or combine in exercising the powers conferred upon the Board by the Legislature? The elements essential to a prosecution under s. 498 are not present in actions taken by the Board for the purpose of exercising the powers conferred upon it by the statute. Moreover, it surely cannot be successfully argued that a board, in exercising the powers conferred upon it by the Legislature and which are designed to regulate and control the production, processing and distribution of a commodity in the Province "having regard primarily to the interests of the public and to the continuity and quality of supply" renders itself liable to a prosecution under s. 498; if this were so the Province could not exercise the powers conferred upon it with respect to property and civil rights over which it has exclusive power.

The Court was there concerned with the practical problem of the presence or absence of 'intent' on the part of provincial administrators to breach the federal law. The judgment continued at p. 227:

> There is no intent in the *Milk Control Act* to limit unduly the production, processing or distribution of milk

prix minimums pour la vente de lait dans la province de Québec. Suivant le même raisonnement que celui adopté dans l'arrêt *Chung Chuck*, la cour a conclu qu'il n'y avait pas conflit entre les lois provinciale et fédérale et qu'en outre, l'observation d'une loi provinciale valide ne pouvait résulter en un acte contraire à l'intérêt public. La cour a estimé que l'acte de la Commission de l'industrie laitière ne constituait pas un «traité» (*agreement*) au sens de la législation en matière de coalitions et a conclu à l'absence de l'élément essentiel d'un accord entre concurrents. Dans l'affaire *Cherry v. The King ex rel. Wood* (1937), 69 C.C.C. 219, la Cour d'appel de la Saskatchewan était appelée à examiner une loi provinciale relative à la commercialisation du lait et, elle aussi, a conclu à l'absence de toute incompatibilité de la loi locale et de la législation fédérale en matière de coalitions. Le juge Martin (c'était alors son titre), qui a rédigé les motifs de la Cour, a examiné les répercussions de l'art. 498 du *Code*, à la p. 226:

> [TRADUCTION] ... comme on fait valoir que les pouvoirs de la Commission laitière, notamment celui de fixer les prix, relèvent du droit criminel, on pourrait bien se demander quelles sont les personnes qui conspirent ou se coalisent en exerçant les pouvoirs que la législature a conférés à la Commission. Les éléments essentiels à des poursuites fondées sur l'art. 498 sont absents des mesures prises par la Commission dans l'exercice des pouvoirs dont la Loi l'investit. De plus, on ne saurait sûrement pas prétendre avec succès que, lorsqu'une commission exerce les pouvoirs que lui confère la législature et qui visent la réglementation et le contrôle de la production, du traitement et de la distribution d'une denrée dans la province «compte tenu surtout des intérêts du public ainsi que de la continuité et de la qualité de l'approvisionnement», elle se rend passible de poursuites fondées sur l'art. 498; s'il en était ainsi la province se trouverait dans l'impossibilité d'exercer ses pouvoirs en matière de propriété et de droits civils, domaines qui relèvent de sa compétence exclusive.

La cour se penchait alors sur le problème pratique de l'existence ou de l'absence d'une «intention» d'enfreindre la loi fédérale de la part d'administrateurs provinciaux. Le juge Martin a ajouté, à la p. 227:

> [TRADUCTION] *The Milk Control Act* ne traduit aucune intention de limiter indûment la production, le traite-

or to unreasonably enhance the price thereof; there is no intent to restrict trade in milk to the oppression of individuals or to the injury of the public generally; on the contrary the object of the statute is to improve conditions in the production and sale of an important product with a regard primarily for the interests of the public. I can therefore see no ground for the suggestion that the Act conflicts with the *Criminal Code*.

It should be noted that in none of these cases so far has there been any requirement in the provincial statute for approval by the province of any regulations adopted by the statutory body for the control of the activities in question. Neither is there any uniformity about the appointment of the agencies or the relationship between members thereof and the community under the agencies' regulation. If the outcome of any of these cases depended upon the distance between the regulated and the regulator or his mode of appointment by the province, none of the courts have been moved to make comment.

This Court in *Ontario Boys' Wear Ltd. v. The Advisory Committee*, [1944] S.C.R. 349 examined at length an industrial labour regulatory scheme which established wages, hours and other conditions of work for "interprovincially competitive" industries in Ontario. The legislation provided for the appointment by the province of a board to collect assessments from participating employers and employees for defraying expenses of the regulatory scheme, and for advisory committees to enforce the schedule of wages and hours as adopted by employers and employees in conferences in the various industries and in the various provincial regions brought under the regulatory impact of the statute. The combination of the Act, the regulations promulgated thereunder by the Board, and the Schedule adopted by the employers and employees in conference, represented a very comprehensive and detailed program concerning hours of work, wages, overtime and working conditions. Pertinent to this appeal the statute provided that the Schedule could "fix the minimum charge which may be paid, accepted or contracted . . ." for the labour content of any service work and "the

ment ou la distribution de lait ni d'en élever déraisonnablement le prix; il ne s'en dégage aucune intention de restreindre le commerce du lait au détriment de particuliers ou du public en général; au contraire, la Loi vise à améliorer la situation en matière de production et de vente d'un produit important compte tenu surtout des intérêts du public. Je ne vois donc aucune raison de prétendre que la Loi est inconciliable avec le *Code criminel*.

Soulignons que dans aucun des arrêts que je viens d'examiner la loi provinciale n'exigeait que la province approuve tout règlement adopté par l'organisme créé par la loi en vue d'assurer le contrôle des activités en question. De plus, il n'y a pas d'uniformité quant à la nomination des membres des organismes ni quant aux rapports entre les membres de ces organismes et la collectivité soumise à leur réglementation. Si l'issue de l'une ou l'autre de ces affaires dépendait de la distance entre les personnes soumises à la réglementation et l'organisme réglementant ou du mode de nomination des membres de cet organisme par la province, les cours n'ont pas senti le besoin d'en parler.

Dans l'arrêt *Ontario Boys' Wear Ltd. c. The Advisory Committee*, [1944] R.C.S. 349, cette Cour a examiné en profondeur un plan de réglementation de la main-d'oeuvre industrielle qui fixait les salaires, les heures et les autres conditions de travail pour les industries ontariennes [TRADUCTION] «concurrentielles au niveau interprovincial». La législation prévoyait la constitution par la province d'une commission chargée de recueillir auprès des employeurs et des employés participants les cotisations destinées à couvrir les frais du plan de réglementation; elle prévoyait en outre la création de comités consultatifs chargés d'appliquer le barème des salaires et des heures adopté par les employeurs et les employés au cours de réunions tenues dans les différentes industries et les diverses régions de la province réglementées par la Loi. L'ensemble de la Loi, du règlement établi par la Commission sous son régime et du barème adopté par les employeurs et les employés au cours d'une réunion constituait un programme très complet et détaillé portant sur les heures de travail, les salaires, les heures supplémentaires et les conditions de travail. La Loi disposait, ce qui nous

minimum charge which any employer or employee may contract for or accept for any service . . . "

Kerwin J., as he then was, stated at p. 359:

As Kellock, J.A., points out, the legislature would undoubtedly have authority to enact anything which is found in the schedule and I agree with him that such legislation (and therefore the combined effect of the Act, regulations and schedule) cannot be said to be a "combine" within the meaning of the Dominion Act.

Chief Justice Kerwin returned to the *Ontario Boys' Wear* case in giving judgment in *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198, at pp. 205-06:

It was contended by Mr. Pepper that the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1952, c. 314, and ss. 411 and 412 of the *Criminal Code*, 1953-54 (Can.), c. 51, and the *Agricultural Prices Support Act*, R.S.C. 1952, c. 3, are relevant and prevent the Ontario Legislature from enacting clause (*l*) of subs. (1) of s. 3 of *The Farm Products Marketing Act* and therefore the administrative agencies provided for by that Act, from operating. The point is determined against that contention as to the *Combines Investigation Act* by the decision of this Court in *Ontario Boys' Wear Limited et al. v. The Advisory Committee et al.*, [*supra*]. With respect to that Act and also to the sections of the *Criminal Code* referred to, it cannot be said that any scheme otherwise within the authority of the Legislature is against the public interest when the Legislature is seized of the power and, indeed, the obligation to take care of that interest in the Province.

The provincial statute established a Marketing Board and empowered it to approve marketing or regulatory schemes subject to Lieutenant Governor in Council approval, which schemes might include the establishment of local boards or a marketing agency for the actual conduct of marketing operations. The Board could then authorize the marketing agency to pool receipts from the

intéresse en l'espèce, que le barème pouvait [TRADUCTION] «fixer le montant minimal qui peut être payé ou accepté ou faire l'objet d'un contrat . . . » au titre de la main-d'oeuvre que comporte tout service ainsi que [TRADUCTION] «le montant minimal qu'un employeur peut s'engager par contrat à payer ou qu'un employé peut accepter ou s'engager par contrat à accepter pour tout service . . . ».

Le juge Kerwin, alors juge puîné, affirme à la p. 359:

[TRADUCTION] Comme le fait remarquer le juge Kellock de la Cour d'appel, la législature a sans aucun doute compétence pour adopter tout ce qui figure dans le barème et je partage son avis que pareille loi (et donc l'ensemble de la Loi, de son règlement d'application et du barème) ne peut être qualifiée de «coalition» au sens de la loi fédérale.

Le juge en chef Kerwin est revenu sur l'arrêt *Ontario Boys' Wear* dans le *Renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198, où il affirme aux pp. 205 et 206 de ses motifs:

[TRADUCTION] M^e^ Pepper a prétendu que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1952, chap. 314, les articles 411 et 412 du *Code criminel*, 1953-1954 (Can.), chap. 51 et la *Loi sur le soutien des prix agricoles*, S.R.C. 1952, chap. 3, sont pertinents et empêchent la législature de l'Ontario d'adopter l'alinéa 3(1)*l*) de *The Farm Products Marketing Act* et qu'en conséquence, les organismes administratifs que prévoit cette loi ne peuvent fonctionner. La présente cour a résolu la question en ce qui concerne la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* en rejetant cette prétention dans l'arrêt *Ontario Boys' Wear Limited et autres c. The Advisory Committee et autres*, [précité]. En ce qui concerne cette loi, ainsi que les articles du *Code criminel* dont il est question, on ne peut dire qu'un plan qui par ailleurs relève de la compétence de la législature va contre l'intérêt public lorsque la législature a le pouvoir et, en fait, l'obligation de veiller à cet intérêt dans la province.

La loi provinciale a créé un office de commercialisation qu'elle a doté du pouvoir d'approuver, sous réserve de ratification par le lieutenant-gouverneur en conseil, des plans de commercialisation ou de réglementation qui pourraient comprendre la constitution d'offices régionaux ou d'une agence de commercialisation qui se chargeraient des opérations de commercialisation comme telles. L'Office

sale of regulated products, to deduct therefrom expenses of the scheme, and to distribute the net proceeds of sale amongst the participating producers. Such a regulatory scheme was to be established when ten per cent of the producers of the product in question in the part or parts of the province in question petitioned for such a scheme. Rand J. dealt with the same point at pp. 219-20:

> The Provincial statute contemplates coercive regulation in which both private and public interets are taken into account. The provisions of the *Combines Investigation Act* and the *Criminal Code* envisage voluntary combinations or agreements by individuals against the public interest that violate their prohibitions. The public interest in trade regulation is not within the purview of Parliament as an object against which its enactments are directed.

Locke J. put the point in these words at p. 239:

> In my opinion, neither the provisions of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1952, c. 314, nor of s. 411 of the *Criminal Code*, 1953-54 (Can.), c. 51, are objections to the schemes in question to the extent that they are within the powers which may be validly granted by the Legislature under the terms of the *British North America Act*. It cannot be said, in my opinion, that within the terms of para. (*a*)(vi) of s. 2 of the *Combines Investigation Act* the scheme "is likely to operate to the detriment or against the interest of the public, whether consumers, producers or others". Rather is it a scheme the carrying out of which is deemed to be in the public interest. Furthermore, the offence defined by s. 2 which renders a person subject to the penalties prescribed by s. 32 is a crime against the state. I think that to perform an act which the Legislature is empowered to and has authorized cannot be an offence against the state.

In *R. v. Can. Breweries Ltd.*, [1960] O.R. 601, McRuer C.J.H.C., in trying a charge under the merger provisions of the *CIA*, after referring to authorities founding its constitutional base, went on to say at p. 611:

pouvait alors autoriser l'agence de commercialisation à mettre dans une caisse commune les sommes provenant de la vente de produits réglementés, à en déduire les dépenses occasionnées par le plan et à répartir le produit net des ventes entre les producteurs participants. Ce plan de réglementation devait être établi lorsque dix pour cent des producteurs du produit en question dans la région ou les régions en question présenteraient une requête à cet effet. Le juge Rand a examiné la même question, aux pp. 219 et 220:

> [TRADUCTION] La loi provinciale envisage une réglementation coercitive qui tient compte à la fois des intérêts publics et privés. Les dispositions de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et celles du *Code criminel* envisagent les accords et les coalitions volontaires que des particuliers concluent au détriment de l'intérêt public et qui violent les interdictions qu'elles comportent. L'intérêt public relatif à la réglementation du commerce ne concerne pas le Parlement en tant que matière à l'encontre de quoi la législation qu'il a adoptée s'appliquerait.

Le juge Locke a formulé la question comme suit, à la p. 239:

> [TRADUCTION] A mon avis, ni les dispositions de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1952, chap. 314, ni l'article 411 du *Code criminel*, 1953-1954 (Can.), chap. 51, ne constituent des objections aux plans en question, dans la mesure où ils relèvent des pouvoirs que la législature peut validement conférer en vertu des dispositions de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. A mon avis, il est impossible de déclarer que, dans le cadre des dispositions du sous-al. 2*a*)(vi) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, le plan «est de nature à fonctionner au détriment ou à l'encontre des intérêts du public, soit des consommateurs, soit des producteurs ou autres». Il s'agit au contraire d'un plan dont la mise en oeuvre est censée être dans l'intérêt du public. En outre, l'infraction que l'art. 2 définit et qui expose une personne aux sanctions prévues à l'art. 32 est un crime contre l'Etat. Selon moi, l'accomplissement d'un acte que la législature a le pouvoir d'accomplir et qu'elle a autorisé ne peut constituer un crime contre l'Etat.

Dans l'affaire *R. v. Can. Breweries Ltd.*, [1960] O.R. 601, le juge en chef McRuer de la Haute Cour était saisi d'une accusation portée en vertu des dispositions de la *L.R.E.C.* relatives aux fusions et, après s'être référé aux arrêts établissant la constitutionnalité de cette loi, il a ajouté, à la p. 611:

From these 2 cases I conclude that when I apply the Act as an Act designed to protect the public interest in free competition, I am compelled to examine the legislation of the Provinces to see how far they have exercised their respective jurisdictions to remove the sale of beer from the competitive field and to see what areas of competition in the market are still open. Having made this examination I must then decide whether the formation or operation of the merger lessened or is likely to lessen competition to an unlawful degree in the areas where competition is permitted.

In all the Provinces the sale of beer is under direct government control. The extent to which control is exercised varies from Province to Province, but every provincial legislature has by statute assumed some definite control over the market.

The Court found that the provincial legislation authorized the fixing of the price at which all beer could be sold in the province:

> There may, however, be areas of competition in the market that are not affected by the exercise of the powers conferred on the provincial body in which restraints on competition may render the operations of the combine illegal. In this case the only areas of competition that can be of any benefit to the consumer that are left open to the accused and its competitors, are in the matter of quality, taste, services and packaging. The evidence shows that in these limited areas, competition between the accused and others in the industry is without restraint. [p. 630.]

From these authorities the parties draw opposing conclusions. The appellants would limit the scope of the provincially-regulated industries cases to the marketing of natural products. I see no basis in any of the judgments relied upon or in constitutional law generally for such an arbitrary and narrow principle. In fact, in at least two of these cases (*Ontario Boys' Wear* and *Can. Breweries*, *supra*) the courts were concerned with other industries.

The appellants, the Attorney General for Canada *et al.*, would limit the application of the principle enunciated in these cases to instances where the province in its statute promulgates a complete regulatory scheme. More precisely these appellants rely on the absence in the provincial

[TRADUCTION] Ces deux arrêts me portent à conclure qu'en appliquant la Loi en tant que loi destinée à protéger le droit du public à la libre concurrence, je dois examiner la législation des provinces pour déterminer d'abord dans quelle mesure celles-ci ont exercé leurs compétences respectives pour soustraire la vente de bière à la concurrence et, ensuite, dans quels secteurs du marché la concurrence est maintenue. Cet examen fait, je dois maintenant décider si la fusion a eu pour effet ou est susceptible de réduire la concurrence dans les secteurs où cette dernière est permise, au point de constituer une infraction à la loi.

Dans toutes les provinces, la vente de bière est réglementée directement par le gouvernement. La mesure dans laquelle ce pouvoir de réglementation est exercé varie d'une province à l'autre, mais il reste que toutes les législatures provinciales ont assumé par des lois un certain pouvoir de réglementation du marché.

La Cour a conclu que la loi provinciale autorisait la fixation du prix de vente de toute la bière dans la province:

> [TRADUCTION] Il peut toutefois exister dans le marché des secteurs de concurrence non touchés par l'exercice des pouvoirs conférés à l'organisme provincial et, dans ces secteurs, des restrictions apportées à la concurrence peuvent rendre illégales les opérations de la coalition. En pareil cas, les consommateurs peuvent bénéficier d'une concurrence entre l'accusée et ses concurrents, mais uniquement en ce qui concerne la qualité, le goût, les services et le conditionnement. Il se dégage de la preuve que, dans ces secteurs restreints, il y a une concurrence sans limites entre l'accusée et les autres sociétés faisant partie de l'industrie. [p. 630]

De ces arrêts les parties tirent des conclusions opposées. Les appelants limiteraient la portée des arrêts relatifs aux industries réglementées par les provinces à la commercialisation de produits naturels. Selon moi, ni les arrêts invoqués ni le droit constitutionnel en général ne justifient un principe à ce point arbitraire et étroit. En fait, dans au moins deux de ces affaires (*Ontario Boys' Wear* et *Can. Breweries*, précitées), il était question d'autres industries.

Les appelants, le procureur général du Canada et autres, limiteraient l'application du principe énoncé dans ces arrêts aux cas où la loi provinciale établit un plan de réglementation complet. Plus précisément, ces appelants invoquent l'absence dans la loi provinciale en l'espèce d'une disposition

statute here of any provision expressly dealing with advertising by members of the Law Society. The courts in these cases have said in various ways that compliance with the edicts of a validly enacted provincial measure can hardly amount to something contrary to the public interest. Since all the cases examined above approach the *CIA* on the basis of a criminal charge, actually or potentially arising under it, the element of public interest was always present. In *Can. Breweries*, *supra*, (p. 605) the Court proceeded on the basis that the word "unduly" in s. 32 connotes substantially the same meaning as the more general words in the same statute "operated or is likely to operate to the detriment or against the interest of the public". Even the 1975 amendments to s. 32 (*supra*), by the addition of subs. 1.1, did not remove "unduly" from the operative provision, s. 32(1). So long as the *CIA*, or at least Part V, is styled as a criminal prohibition, proceedings in its implementation and enforcement will require a demonstration of some conduct contrary to the public interest. It is this element of the federal legislation that, these cases all conclude, can be negated by the authority extended by a valid provincial regulatory statute.

Returning to the case at hand and the activities of the Benchers under the authority of the *Legal Professions Act*, *supra*, the question which arises is whether their actions could constitute an offence under Part V of the *CIA*, specifically s. 32(1). The operative words at the beginning of s. 32 are: "Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person". These words are broad enough to include all the Benchers acting as a group or individually or the Law Society as a corporate entity and any one or more of the Benchers or of its statutory officers, or indeed any one with whom the Law Society may have acted jointly. Consequently if any two of these persons, natural or legal, voluntarily entered into an agreement condemned by the *CIA*, the offence would be constituted, and on suspicion of such a situation an inquiry under s. 48 might well be ordered. What happened here, however, is something different in character both in fact and in law. In the words of

visant expressément la publicité faite par les membres de l'Association. Dans ces arrêts, les cours ont affirmé, chacune à sa manière, que l'observation des dispositions d'une loi provinciale validement adoptée peut difficilement être contraire à l'intérêt public. Vu que tous les arrêts examinés ci-dessus abordent la *L.R.E.C.* dans le contexte d'une accusation criminelle portée ou susceptible d'être portée en vertu de cette loi, l'élément d'intérêt public est toujours présent. Dans la décision *Can. Breweries*, précitée (à la p. 605), la cour a estimé que le mot «indûment» qui figure à l'art. 32 a essentiellement le même sens que les mots plus généraux que l'on trouve dans la même loi, «a fonctionné ou est de nature à fonctionner au détriment ou à l'encontre des intérêts du public». Même les modifications apportées en 1975 à l'art. 32 (précité) n'ont pas, par l'insertion du par. (1.1), retranché le mot «indûment» de la disposition essentielle, savoir le par. 32(1). Tant que la *L.R.E.C.*, ou du moins sa partie V, revêtira un aspect pénal, il sera nécessaire dans des procédures pour sa mise en oeuvre et son application de faire la preuve d'une conduite contraire à l'intérêt public. C'est cet aspect de la loi fédérale qui, d'après tous ces arrêts, peut être neutralisé par le pouvoir que confère une loi provinciale valide qui établit une réglementation.

Pour ce qui est de la présente espèce et des actes accomplis par les Benchers sous le régime de la *Legal Professions Act*, précitée, la question qui se pose est de savoir si ces actes peuvent constituer une infraction à la partie V de la *L.R.E.C.*, et plus précisément à son par. 32(1). Les mots essentiels qui se trouvent vers le début de l'art. 32, sont les suivants: « ... toute personne qui complote, se coalise, se concerte ou s'entend avec une autre». Ces mots sont de portée assez large pour comprendre tous les Benchers collectivement ou individuellement ou l'Association en tant que personne morale et un seul ou plusieurs des Benchers ou des administrateurs dont celle-ci est dotée par la loi, ou même toute personne avec qui l'Association peut avoir agi conjointement. Il s'ensuit que si deux de ces personnes, physiques ou morales, concluaient volontairement un accord interdit par la *L.R.E.C.*, il y aurait infraction et, si la perpétration d'une infraction était soupçonnée, on pourrait

Rand J. in *Farm Products Reference*, *supra*, at pp. 219-20, the provincial statute is "coercive" as applied to members of the provincially regulated group, whereas the federal statute is directed towards "voluntary combinations or agreements". Here the 'agreement' was apparently the determination by the Discipline Committee that the appellant Jabour by advertising as he did was guilty of professional misconduct. In so 'agreeing', the Benchers are said not only to have been doing that which was permitted by their admittedly valid parent statute but were in fact discharging their assigned duties under that Act. Mention has already been made of the Professional Conduct Handbook. It is not a regulation with any statutory or regulatory base in law. There has been no regulation promulgated by the Benchers on the subject of advertising. The regulation of such conduct in the record in these appeals has been effected by disciplinary decision.

It was not so argued before us but the adoption of policies by the Benchers as discussed in the Handbook might be included in the alleged criminally conspiratorial conduct. That such determinations were made by the Benchers pursuant to and within the provincial statute was not contested. The question is therefore: by the taking of any of these actions and proceedings have the Benchers "conspire[d], combine]d], agree[d] or arrange[d] . . . (*c*) to prevent, or lessen, unduly, competition in the . . . supply of a product, . . . or . . . (*d*) to otherwise restrain or injure competition unduly"? I do not believe so. The Benchers were directed by the statute ("The Benchers shall appoint . . . a discipline Committee", s. 43 *supra*) to establish a Discipline Committee with power to inquire into the conduct or competence of members. This duty is found in the context of a wide range of powers granted to the Law Society to govern the profession in the interest of the public and the members of the Society. The words adopted by Parliament in s. 32 and restated above are not ordinarily found in language directed to the actions of persons

très bien ordonner une enquête en vertu de l'art. 48. Ce qui s'est produit en l'espèce est toutefois différent tant sur le plan des faits que sur celui du droit. Comme l'a dit le juge Rand dans le *Renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act*, précité, aux pp. 219 et 220, la loi provinciale est «coercitive» dans son application aux membres du groupe soumis à la réglementation de la province, tandis que la loi fédérale vise «les accords et les coalitions volontaires». En l'espèce, l'«accord» consiste apparemment en la décision du comité de discipline que l'appelant Jabour, en faisant la publicité en question, a commis une faute professionnelle. On prétend qu'en se concertant ainsi, non seulement les Benchers ont fait ce que permet la loi, incontestablement valide, qui leur confère leurs pouvoirs, mais ils se sont acquittés en fait des obligations que leur impose cette loi. J'ai déjà mentionné le Manuel d'éthique professionnelle. La réglementation qu'il contient ne se fonde sur aucune loi ni sur aucun règlement. Les Benchers n'ont pas promulgué de règlement ayant trait à la publicité. Comme il se dégage du dossier conjoint en l'espèce, c'est au moyen d'une décision disciplinaire qu'on a réglementé la conduite en question.

Bien que cet argument n'ait pas été avancé en cette Cour, on peut inclure dans la conduite qui aurait constitué un complot criminel l'adoption par les Benchers des politiques énoncées dans le Manuel. On ne conteste nullement que ces décisions ont été prises conformément à la loi provinciale. La question est donc de savoir si, en prenant les mesures ou en engageant les procédures en question, les Benchers ont comploté, se sont coalisés, se sont concertés ou se sont entendus «*c*) pour empêcher ou diminuer, indûment, la concurrence dans la . . . fourniture d'un produit, . . . ou . . . *d*) pour restreindre ou compromettre, indûment de quelque autre façon, la concurrence». Je ne le crois pas. La Loi ordonne aux Benchers ([TRADUCTION] «Les Benchers doivent établir . . . un comité de discipline», art. 43, précité) d'établir un comité de discipline doté du pouvoir d'enquêter sur la conduite ou la compétence de membres. Cette obligation s'inscrit dans le cadre d'un vaste ensemble de pouvoirs accordés à l'Association pour qu'elle puisse régir la profession dans l'intérêt à la fois du public et des membres de l'Association. Les

holding office under a provincially authorized regulatory body and discharging their responsibilities to the community pursuant to their constitutive statute. This is particularly so where the group said to be acting "conspiratorially" was in fact proceeding at the time in question as a deliberative body whose existence was mandated by a provincial statute. When a federal statute can be properly interpreted so as not to interfere with a provincial statute, such an interpretation is to be applied in preference to another applicable construction which would bring about a conflict between the two statutes.

I do not find the words adopted by Parliament in s. 32(1) taken by itself properly construed and applied to relate to the action taken by the Law Society acting in accordance with their legislative authority, as I have concluded, under a valid provincial statute. However, the appellants, as we have seen, contend that the addition of subs. (6) has enlarged the impact of s. 32 so as to include the respondents and their activities. The Court of Appeal concluded that it did not:

> It has been argued that the exemption in s. 32(6) of an agreement that "relates only to a service and to standards of competence and integrity that are reasonably necessary for the protection of the public ..." demonstrates an intention to include governing bodies within the scope of the Act. The trial judge accepted that argument ... I am not able to agree with that reasoning. There are service industries that are not controlled by bodies with a statutory base. And there are associations of professional persons apart from the statutory governing bodies. It is those other associations, and associations of non-professional persons who render services, that s. 32(6) has in mind. These bodies may deal with competence and integrity and if they do, s. 32(6) fixes the court with the responsibility of deciding reasonableness.

I do not think that the presence in the amendments of s. 32(6) indicates an intention to extend the Act to bodies established by valid provincial legislation to govern the professions.

mots que le Parlement a utilisés à l'art. 32 et que je viens de reproduire ne s'emploient pas d'ordinaire pour désigner les actes de personnes qui occupent une charge au sein d'un organisme de réglementation dont la création est autorisée par une province et qui s'acquittent de leurs obligations envers la collectivité en application de la loi constitutive de l'organisme. Cela tient particulièrement lorsque le groupe dont on dit qu'il a comploté agissait en réalité, à l'époque en question, à titre de corps délibérant dont l'existence tenait à une loi provinciale. Chaque fois qu'on peut légitimement interpréter une loi fédérale de manière qu'elle n'entre pas en conflit avec une loi provinciale, il faut appliquer cette interprétation de préférence à toute autre qui entraînerait un conflit.

Je ne suis pas d'avis que les mots que le Parlement a employés au par. 32(1), si on prend celui-ci isolément et qu'on l'interprète et l'applique correctement, se rapportent aux mesures prises par l'Association dans l'exercice du pouvoir dont elle est investie par une loi provinciale que j'estime valide. Les appelants font toutefois valoir, comme nous l'avons vu, que l'insertion du par. (6) a étendu la portée de l'art. 32 de manière à inclure les intimés et leurs activités. La Cour d'appel a tiré la conclusion contraire:

> [TRADUCTION] On a fait valoir que, si le par. 32(6) crée une exception à l'égard d'un accord qui «porte uniquement sur un service et sur des normes de compétence et des critères d'intégrité raisonnablement nécessaires à la protection du public ...», cela prouve l'existence d'une intention d'inclure les conseils d'administration dans le champ d'application de la Loi. Le juge de première instance a retenu cet argument ... Je ne puis approuver ce raisonnement. Il y a des industries de services qui ne sont pas régies par des organismes créés par une loi. Il y a également des associations professionnelles indépendantes des conseils d'administration créés par une loi. Ce sont ces autres associations, ainsi que les associations non professionnelles dont les membres fournissent des services, qu'envisage le par. 32(6). Ces organismes peuvent examiner des questions de compétence et d'intégrité et, s'ils le font, le par. 32(6) impose à la cour la responsabilité de décider du caractère raisonnable.

Je ne suis pas d'avis que la présence du par. 32(6) parmi les modifications indique une intention de rendre la Loi applicable à des organismes établis par des lois provinciales valides pour régir les professions libérales.

I am not persuaded that Parliament intended by the 1975 amendments to take within the Act governing bodies of professions. Nor am I persuaded that the language is apt to describe the deliberations of persons holding office under provincial legislation. The language describes voluntary private agreements.

The learned trial judge took the opposite view concerning subs. (6) stating:

Essentially it is argued that on a fair reading of s. 32 there is no reference to the governing bodies of any self-regulating profession and therefore it must refer to private arrangements of individual members of the profession. The interpretation contended for is untenable. Section 32(6) affords a statutory defence to a prosecution where the agreement or arrangement relates only to standards of competence and integrity. Standards of competence and integrity are not set by individual members, they are set only by the governing body and therefore s. 32 must refer to the governing bodies as well as to private individual arrangements by members of the profession. If it were otherwise there would be no reason to include s. 32(6) in the Act.

Nor am I able to agree with the submission that s. 32(6) does not refer to the governing bodies because by that section the standards of competence and integrity are left to the trial judge and the defence afforded by this section does not relate to the standards as determined by the governing body. By that section the Court only determines whether the agreement or arrangement relates to standards of competence and integrity that in the opinion of the governing body are reasonably necessary for the protection of the public and not whether the governing body was right or wrong in that opinion. In short, the Court does not substitute its opinion for that of the governing body.

Counsel points out that in his examination for discovery, the defendant Bertrand, admitted that it was a generally known circumstance that the legal profession in Canada was provincially regulated. Given the fact that Parliament had this knowledge, it was submitted that, had they wished to include the governing bodies, express words would have been used and Parliament would not have relied upon general words which could reasonably be construed to be limited to individuals. Implicit in Parliament's knowledge that the legal profes-

Je ne suis pas convaincu qu'en adoptant les modifications de 1975, le Parlement avait l'intention d'inclure dans le champ d'application de la Loi les conseils d'administration des professions libérales. Je ne suis pas convaincu non plus que le langage utilisé tend à décrire les délibérations de personnes occupant une fonction en vertu d'une loi provinciale. Il décrit plutôt des accords volontaires entre particuliers.

Le savant juge de première instance a exprimé l'avis contraire en ce qui concerne le par. (6). Voici ce qu'il a dit:

[TRADUCTION] On prétend essentiellement qu'il ne se dégage d'une interprétation raisonnable de l'art. 32 aucune mention des conseils d'administration des professions autonomes et que cet article doit donc viser les arrangements privés des membres de la profession. Cette interprétation est insoutenable. Le paragraphe 32(6) offre un moyen de défense qu'on peut opposer à des poursuites lorsque l'accord ou l'arrangement porte uniquement sur des normes de compétence et des critères d'intégrité. Comme ces normes de compétence et critères d'intégrité sont établis non pas par les membres individuels, mais uniquement par les conseils d'administration, l'art. 32 doit viser ces derniers aussi bien que les arrangements individuels privés des membres de la profession. S'il en était autrement, il n'y aurait aucune raison d'inclure le par. 32(6) dans la Loi.

Je ne puis non plus retenir l'argument selon lequel le par. 32(6) ne vise pas les conseils d'administration parce que, aux termes de ce paragraphe, c'est le juge de première instance qui fixe les normes de compétence et les critères d'intégrité et parce que le moyen de défense qu'offre ce paragraphe ne se rapporte pas aux normes établies par le conseil d'administration. Suivant ce paragraphe, la cour décide uniquement si l'accord ou l'arrangement porte sur des normes de compétence ou des critères d'intégrité qui, de l'avis du conseil d'administration, sont raisonnablement nécessaires à la protection du public et non si l'opinion du conseil d'administration était justifiée ou non. En bref, la cour ne substitue pas sa propre opinion à celle du conseil d'administration.

L'avocat fait remarquer que le défendeur Bertrand a admis, lors de son interrogatoire préalable, qu'il est de notoriété générale que la profession d'avocat au Canada est réglementée par les provinces. Etant donné que le Parlement le savait, on a prétendu que, s'il avait voulu inclure les conseils d'administration, il l'aurait dit expressément au lieu de recourir à une formulation générale qui peut raisonnablement recevoir une interprétation qui la limite à des particuliers. Si le Parlement savait que la profession d'avocat était soumise à une

sion was provincially regulated was the knowledge that competence and integrity were matters over which only the governing bodies had jurisdiction. Thus by including s. 32(6) in the Act, Parliament thereby clearly expressed its intention to include the governing bodies.

In my view subs. (6) does not operate to make a fundamental change to the plain meaning of the main operating provision of the section, that is s. 32(1). By its own terms subs. (6) is a limited directive to a court hearing a charge under subs. (1). It is to subs. (1) that one must look to determine the breadth of the parliamentary grasp. Section 32 is criminal legislation, whatever basis other parts of the *CIA* may have constitutionally. A defence-creating provision is hardly an appropriate place to find an expansion of the charging provision. There are of course in our community endless associations, professional and otherwise, voluntarily established and embracing persons carrying on activities social, commercial, professional and otherwise, which have no statutory mandate in the sense of a governing body of a profession. It may well be that it was the intent of Parliament to include in subs. (6) (or subs. (1)) such non-statutory bodies. The defence thereby afforded would perhaps in such a circumstance have application to a charge brought against such a non-statutory group or body under subs. (1) of s. 32. That case of course we do not now have before us. I find no assistance in the authority relied upon by the appellants, *Pharmaceutical Society of Great Britain v. Dickson*, [1968] 2 All E.R. 686 (H.L.), to support a contrary interpretation of s. 32 including subs. (6). The courts of the United Kingdom do not have a federal separation of sovereignty to consider when examining statutes and are not concerned with the situation arising where otherwise valid operations of one level of government may or may not be included in the proper reach of the legislation of the other level of government. For example, in the Court of Appeal, Lord Denning M.R. stated ([1967] 2 All E.R. 558, at p. 567):

réglementation provinciale, il s'ensuit implicitement qu'il savait également que les questions de compétence et d'intégrité relevaient exclusivement des conseils d'administration. Donc, par l'insertion du par. 32(6) dans la Loi, le Parlement a clairement exprimé son intention d'inclure les conseils d'administration.

A mon avis, le par. (6) ne modifie pas de façon fondamentale le sens manifeste du dispositif de l'article, savoir le par. 32(1). De par sa propre formulation, le par. (6) constitue une directive de portée restreinte adressée à une cour saisie d'une accusation fondée sur le par. (1). C'est donc à ce dernier paragraphe qu'il faut se reporter pour déterminer toute l'ampleur de l'intention du Parlement. Quel que soit le fondement constitutionnel que peuvent avoir les autres parties de la *L.R.E.C.*, l'article 32 est une disposition législative en matière pénale. Une extension de la disposition constitutive de l'infraction s'insère mal dans une disposition créatrice d'un moyen de défense. Il existe, bien entendu, dans notre société, d'innombrables associations professionnelles et autres qui, volontairement établies et regroupant des personnes qui exercent notamment des activités sociales, commerciales et professionnelles, n'ont aucun mandat conféré par une loi, ce qui les distingue d'un conseil d'administration d'une profession libérale. Il se peut bien que le Parlement ait eu l'intention d'inclure au par. (6) (ou au par. (1)) ces organismes non créés par une loi. Le moyen de défense ainsi accordé s'appliquerait peut-être alors à une accusation portée en vertu du par. 32(1) contre pareil groupe ou organisme. Ce n'est évidemment pas le cas en l'espèce. Selon moi, l'arrêt *Pharmaceutical Society of Great Britain v. Dickson*, [1968] 2 All E.R. 686 (H.L.), que les appelants ont invoqué à l'appui d'une interprétation contraire de l'art. 32, y compris de son par. (6), ne nous est d'aucun secours en l'espèce. Les cours du Royaume-Uni n'ont pas, dans leur examen des lois, à tenir compte d'un partage de la souveraineté propre à un régime fédéral et elles n'ont pas non plus à faire face à la situation qui se présente chaque fois que les opérations par ailleurs valides d'un palier de gouvernement peuvent être comprises dans la portée légitime de la législation de l'autre palier de gouvernement. Par exemple, le maître des rôles lord Denning a affirmé en Cour d'appel ([1967] 2 All E.R. 558, à la p. 567):

If the council of a professional body should make a rule which is in restraint of trade, it is as much subject to the law of the land as anyone else.

That statement is of course as true here as it is in the United Kingdom, but that is not the issue before the Court. The professional body here has made a rule with reference to the discipline of a member in a manner and concerning a subject which is clearly within provincial competence. With this fact in mind the Court is then asked to construe s. 32 to determine whether or not the "offences in relation to competition" established by the federal Parliament include provincially authorized activities on the part of the governing body. There the defendant-council was not a statutory governing body. By analogy it was the equivalent of the Canadian Bar Association, and the statutory body, which was not before the Court, was equivalent to the Law Society of British Columbia. The rules in question were not statutory. The defendant body had no public mandate. It was not a case of construing statutes which moved in opposite directions.

I conclude that on a proper construction of s. 32 taken as an entity, the section does not apply to the Law Society in the circumstances of this appeal.

American jurisprudence was advanced by the appellants in support of the federal jurisdiction over the Benchers' conduct. Two decisions of the United States Supreme Court have considered the relationship between federal anti-trust legislation and state action in the regulation of the practice of law. In *Goldfarb v. Virginia State Bar* (1975), 421 U.S. 773, the Court found the tariff of fees adopted by the voluntary Bar Association to be without the statutory authority of the state and therefore essentially a private, anti-competitive activity. The state statute accorded to the Supreme Court of the state, not the Bar Association, the power to regulate the practice of law. The state Court did not approve the tariff of fees in question; the federal statute therefore applied. The opposite result occurred in *Bates v. State Bar of Arizona* (1977), 433 U.S. 350. The disciplinary code adopted by

[TRADUCTION] Si le conseil d'un corps professionnel établit une règle restrictive du commerce, ce conseil est soumis aux lois du pays au même titre que toute autre personne.

Cela vaut évidemment autant pour le Canada que pour le Royaume-Uni, mais là n'est pas la question en l'espèce. Le corps professionnel dont il est question ici a pris une décision relativement aux mesures disciplinaires à prendre contre un membre et, vu la manière dont il l'a fait et l'objet de la décision, celle-ci relève nettement de la compétence provinciale. Compte tenu de ce fait, on demande à la cour d'interpréter l'art. 32 afin de déterminer si les «infractions relatives à la concurrence» établies par le Parlement fédéral comprennent les activités du conseil d'administration autorisées par la province. Dans l'affaire *Dickson*, le conseil défendeur n'était pas un conseil d'administration créé par une loi. Par analogie, il était l'équivalent de l'Association du Barreau canadien, tandis que l'organisme créé par la loi, qui n'était pas partie au litige, était l'équivalent de la Law Society of British Columbia. Les règles en question ne revêtaient pas le caractère d'une loi. Le conseil défendeur n'avait aucun mandat public. Il ne s'agissait pas d'interpréter des lois divergentes.

Je conclus que, si on interprète correctement l'art. 32 dans son ensemble, il ne s'applique pas à l'Association en l'espèce.

Les appelants ont invoqué la jurisprudence américaine à l'appui de la compétence fédérale relativement à la conduite des Benchers. La Cour suprême des Etats-Unis a étudié dans deux arrêts le rapport entre la législation fédérale contre les cartels et les mesures prises par les Etats pour réglementer l'exercice du droit. Dans l'arrêt *Goldfarb v. Virginia State Bar* (1975), 421 U.S. 773, la Cour a conclu que le tarif des honoraires adopté par l'Association du barreau (composée de volontaires) n'était pas autorisé par une loi de l'Etat et qu'il s'agissait donc d'une activité essentiellement privée portant restriction de la concurrence. La loi de l'Etat conférait à la Cour suprême de l'Etat, non pas à l'Association du barreau, le pouvoir de réglementer l'exercice du droit. La cour de l'Etat n'a pas approuvé le tarif des honoraires en question; par conséquent, la loi fédérale s'appliquait.

the Supreme Court of Arizona prohibited advertising. The state Bar, through its Board of Governors, acting under the rule adopted by the Supreme Court, suspended the offending attorney. The Supreme Court of the United States found that such a rule did not violate the federal anti-trust statute since the rule imposing the restraint was an act of government, that is an action brought about by the State of Arizona acting in its sovereign capacity. Consequently, the action was not prohibited by the *Sherman Act* of the United States. Blackmun J. for the majority of the Court stated at p. 362:

> The disciplinary rules reflect a clear articulation of the State's policy with regard to professional behavior. Moreover, as the instant case shows, the rules are subject to pointed re-examination by the policymaker—the Arizona Supreme Court—in enforcement proceedings. Our concern that federal policy is being unnecessarily and inappropriately subordinated to state policy is reduced in such a situation; we deem it significant that the state policy is so clearly and affirmatively expressed and that the State's supervision is so active.

The Supreme Court had been delegated in the State of Arizona statute the supervisory function here consigned in the British Columbia statute to the Law Society. The ultimate appeal in respect to the rules of procedure in Arizona lay to the Supreme Court. Here the appeal on disciplinary matters lies to the Court of Appeal of the province. (The lengthy discussion by the Court of the First Amendment of the United States Constitution dealing with free speech is not relevant to our purposes.)

In both of these cases the Court made reference to *Parker v. Brown* (1943), 317 U.S. 341, where a question arose as to the efficacy of a crop prorating program of the State of California in confrontation with the provisions of the *Sherman Act* regulating competition federally. At least from the point of view of statutory interpretation the case is

C'est le contraire qui s'est produit dans l'affaire *Bates v. State Bar of Arizona* (1977), 433 U.S. 350. Le code de discipline adopté par la Cour suprême de l'Arizona interdisait la publicité. Par l'intermédiaire de son conseil d'administration, le barreau de l'Etat, agissant en vertu de la règle établie par la Cour suprême, a suspendu l'avocat fautif. La Cour suprême des Etats-Unis a conclu que cette règle n'enfreignait pas la loi fédérale contre les cartels, puisque la règle imposant la restriction était l'acte d'un gouvernement, c'est-à-dire un acte de l'Etat de l'Arizona dans l'exercice de sa souveraineté. Il s'ensuit que la *Sherman Act* des Etats-Unis n'interdisait pas cet acte. Le juge Blackmun, au nom de la cour à la majorité, a affirmé à la p. 362:

> [TRADUCTION] Les règles en matière de discipline énoncent clairement la politique de l'Etat relativement à la conduite des membres de professions libérales. De plus, comme l'indique la présente espèce, ces règles sont soumises à un réexamen sévère de la part de l'auteur de la politique — la Cour suprême de l'Arizona — au cours des procédures visant leur application. Dans une situation pareille, nous sommes moins portés à craindre que la politique fédérale ne soit inutilement et irrégulièrement subordonnée à celle de l'Etat; selon nous, le fait que la politique de l'Etat est exprimée si nettement et affirmativement et que l'Etat exerce une surveillance si active est important.

La loi de l'Etat de l'Arizona avait délégué à la Cour suprême la fonction de surveillance que la loi de la Colombie-Britannique confère à l'Association en l'espèce. En Arizona, la Cour suprême connaît en dernier ressort des appels relatifs aux règles de procédure. En l'espèce, on interjette appel relativement aux questions de discipline devant la Cour d'appel de la province. (L'étude élaborée que la cour a faite du Premier amendement de la Constitution des Etats-Unis, qui vise la liberté d'expression, n'est pas pertinente en l'espèce.)

Dans l'un et l'autre arrêts la Cour s'est référée à l'affaire *Parker v. Brown* (1943), 317 U.S. 341, où l'on a soulevé la question de l'efficacité, face aux dispositions de la *Sherman Act* qui réglementaient la concurrence sur le plan fédéral, d'un programme de distribution proportionnelle des récoltes mis sur pied par l'Etat de la Californie. Au

useful to us. Chief Justice Stone at p. 351 stated:

> The Sherman Act makes no mention of the state as such, and gives no hint that it was intended to restrain state action or official action directed by a state.

and later in the judgment at p. 352:

> . . . the California Prorate Act is not rendered unlawful by the Sherman Act since, in view of the latter's words and history, it must be taken to be a prohibition of individual and not state action. It is the state which has created the machinery for establishing the prorate program. Although the organization of a prorate zone is proposed by producers, and a prorate program, approved by the Commission, must also be approved by referendum of producers, it is the state, acting through the Commission, which adopts the program and which enforces it with penal sanctions, in the execution of a governmental policy.

Of particular interest in this appeal is the observation of the Chief Justice at p. 351:

> . . . an unexpressed purpose to nullify a state's control over its officers and agents is not lightly to be attributed to Congress.

The rule in the United States therefore seems to be that where the state legislatures take action directly or authorize a sub-agency to regulate the practice of law, the resultant actions do not offend the federal statute. Conversely where the state does not authorize the action taken by the governing agency purporting to regulate its members, the federal statute does apply. Beyond that the American decisions concern the *Bill of Rights* of the U.S. Constitution and are not here helpful. There seems to be something of a parallel between the *Bates* decision, *supra*, and the regulated industries cases, but beyond that the United States discussions are of little direct application here.

Question 2 says this:

> 2. If the *Combines Investigation Act* does apply, is it in that respect *intra vires* the Parliament of Canada?

point de vue de l'interprétation des lois du moins, cet arrêt nous est d'un certain secours. Le juge en chef Stone affirme, à la p. 351:

> [TRADUCTION] La Sherman Act ne mentionne nulle part l'Etat comme tel et rien n'indique que son objet est de restreindre les actes de l'Etat ou les actes officiels ordonnés par ce dernier.

Le juge en chef ajoute plus loin, à la p. 352:

> [TRADUCTION] . . . la Sherman Act ne rend pas illégale la California Prorate Act parce que, compte tenu de sa formulation et son historique, il faut conclure que la première loi interdit les actes individuels et non ceux de l'Etat. C'est l'Etat qui a créé les mécanismes d'établissement du programme de distribution proportionnelle. Bien que les producteurs proposent la création d'une zone de distribution proportionnelle et qu'un programme de distribution proportionnelle approuvé par la Commission doive également l'être par les producteurs par voie de référendum, c'est l'Etat, agissant par l'intermédiaire de la Commission, qui établit le programme et qui l'applique au moyen de sanctions pénales dans le cadre de l'exécution d'une politique gouvernementale.

L'observation du juge en chef, à la p. 351, nous intéresse plus particulièrement en l'espèce:

> [TRADUCTION] . . . il ne faut pas inconsidérément attribuer au Congrès l'intention implicite de neutraliser l'autorité d'un Etat sur ses propres fonctionnaires et mandataires.

La règle aux États-Unis semble donc être que lorsque les législatures des Etats prennent des mesures directes pour réglementer l'exercice du droit ou qu'ils autorisent un organisme mandataire à le faire, les actes qui en résultent n'enfreignent pas la loi fédérale. En revanche, lorsque l'Etat n'autorise pas les mesures prises par l'organisme administratif qui veut imposer une réglementation à ses membres, la loi fédérale s'applique. Mis à part ces situations, les arrêts américains portent sur le *Bill of Rights* compris dans la Constitution américaine et ne nous sont d'aucun secours en l'espèce. Il semble exister une sorte de parallèle entre l'arrêt *Bates*, précité, et les arrêts relatifs aux industries réglementées, mais, à part cela, les études américaines n'ont aucune application directe en l'espèce.

La question 2 est ainsi formulée:

> 2. Si la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* s'applique, est-elle à cet égard *intra vires* du Parlement du Canada?

In view of the answer given to question 1 it is not necessary to answer this question. The intervener, the Attorney General of Ontario, took the view that "the Criminal Law power cannot validly proscribe acts as criminal which the Legislature of a province has expressly authorized". In support of this proposition one might make reference to the comment of Locke J. in *Farm Products Reference*, *supra*, at p. 239. We are not called upon to decide this issue, however, if question 1 is to be answered in the negative.

The appellant, the Attorney General of Canada, placed the basis of the *CIA* in constitutional law under the trade and commerce power in part, that is s. 91(2) of the *Constitution Act*, but made no submission as to how this would advance the position of the appellants with reference to a proceeding under s. 32. The interpretation of s. 32 will of course produce the same answer under question 1 whatever its constitutional base may be. In my view the discussion of the trade and commerce power does not advance the appellant's position.

There remains the third question in the Jabour action:

> Does the ruling of the Benchers of the Law Society of British Columbia prohibiting the appellant from informing the public about the type and cost of legal services provided, violate the appellant's right to freedom of speech in Canada?

Freedom of speech has been valued as a fundamental right in this country, the United Kingdom and elsewhere for centuries. While the right to freedom of expression has on occasion been loosely described and sometimes insecurely planted in the law, reference can be found to it in such early formal documents as the *Bill of Rights* of 1689. Sometimes the right, as in that instance, was confined to freedom of debate in the Houses of Parliament; sometimes it is confined to freedom of the press; and sometimes the expression 'freedom of speech' or 'freedom of expression' is intended to connote the widest right of independence of

Vu la réponse que j'ai donnée à la première question, point n'est besoin de répondre à la deuxième. L'intervenant le procureur général de l'Ontario a exprimé l'avis que [TRADUCTION] «on ne peut valablement se servir du pouvoir en matière de droit criminel pour interdire, comme étant criminels, des actes expressément autorisés par la législature d'une province». Pour appuyer cette thèse, on peut se référer à l'observation du juge Locke dans le *Renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act*, précité, à la p. 239. Si toutefois la première question doit recevoir une réponse négative, nous n'avons pas à nous prononcer sur ce point.

Selon l'appelant le procureur général du Canada, au point de vue du droit constitutionnel, la *L.R.E.C.* se fonde en partie sur le pouvoir en matière d'échanges et de commerce, c'est-à-dire sur le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle*, mais il n'a pas expliqué en quoi cela avancerait les appelants relativement à une procédure en vertu de l'art. 32. Quel que soit le fondement constitutionnel de l'art. 32, son interprétation conduira évidemment à la même réponse à la première question. A mon avis, il ne sert à rien aux appelants de parler du pouvoir en matière d'échanges et de commerce.

Reste la troisième question formulée dans l'action de Jabour:

> La règle adoptée par les Benchers de la Law Society of British Columbia, qui interdit à l'appelant d'informer le public du genre de services juridiques assurés et de leur coût, viole-t-elle le droit de l'appelant à la liberté d'expression au Canada?

Depuis des siècles, la liberté d'expression est considérée comme un droit fondamental au Canada, au Royaume-Uni et ailleurs. Bien que le droit à la liberté d'expression ait reçu parfois une formulation vague et qu'il n'ait pas toujours été très solidement enraciné dans le droit, de vieux documents officiels comme le *Bill of Rights* de 1689 en font mention. Ce droit se limitait tantôt, comme dans ce dernier cas, à la liberté de débat dans les Chambres du Parlement, tantôt à la liberté de la presse; et il arrive parfois que les expressions «liberté de parole» ou «liberté d'expression» soient destinées à connoter le droit le plus large à la

expression free from unlawful suppression, interference or punishment. Where the right is not entrenched beyond the reach of Parliament or Legislature, as has been done for example in the First Amendment to the United States Constitution, the right is subject to curtailment by valid statute law.

These various rights of freedom of expression are discussed at length in this Court by Chief Justice Duff in the *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, at pp. 132-33:

> Under the constitution established by *The British North America Act*, legislative power for Canada is vested in one Parliament consisting of the Sovereign, an upper house styled the Senate, and the House of Commons. Without entering in detail upon an examination of the enactments of the Act relating to the House of Commons, it can be said that these provisions manifestly contemplate a House of Commons which is to be, as the name itself implies, a representative body; constituted, that is to say, by members elected by such of the population of the united provinces as may be qualified to vote. The preamble of the statute, moreover, shows plainly enough that the constitution of the Dominion is to be similar in principle to that of the United Kingdom. The statute contemplates a parliament working under the influence of public opinion and public discussion. There can be no controversy that such institutions derive their efficacy from the free public discussion of affairs, from criticism and answer and counter-criticism, from attack upon policy and administration and defence and counter-attack; from the freest and fullest analysis and examination from every point of view of political proposals. This is signally true in respect of the discharge by Ministers of the Crown of their responsibility to Parliament, by members of Parliament of their duty to the electors, and by the electors themselves of their responsibilities in the election of their representatives.

His Lordship was there concerned of course with the need in the operations of the democratic community organized under *The British North America Act* for the freest possible discussion in order that Parliament would be constantly working under the influence of public opinion and public discussion. The Reference in question related to the operation of newspapers in the Province of Alberta and in the first instance therefore the

latitude d'expression exempte de toute suppression, ingérence ou peine illégales. Si ce droit n'est pas enchâssé hors de la portée du Parlement ou des législatures, comme on l'a fait, par exemple, dans le Premier amendement de la Constitution des États-Unis, il est susceptible de limitation par une loi valide.

Ces différents droits à la liberté d'expression font l'objet d'une étude approfondie du juge en chef Duff de cette Cour dans le *Renvoi relatif aux lois de l'Alberta*, [1938] R.C.S. 100, aux pp. 132 et 133:

> [TRADUCTION] En vertu de la Constitution instituée par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, le pouvoir législatif au Canada appartient à un Parlement composé du souverain, d'une chambre haute appelée Sénat et de la Chambre des communes. Sans entrer dans un examen détaillé des dispositions de l'Acte concernant la Chambre des communes, il est possible de dire qu'elles prévoient manifestement que celle-ci doit être, comme son nom l'indique, un organisme représentatif, c'est-à-dire composé de membres élus par la population des provinces membres de l'Union qui ont qualité pour voter. Le préambule de cette loi indique aussi assez clairement que la Constitution du Dominion doit reposer sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni. L'Acte prévoit un Parlement qui fonctionne sous le feu de l'opinion publique et de la libre discussion. Il ne peut y avoir aucun doute que ces institutions tirent leur efficacité de la libre discussion des affaires, des critiques, réponses et contre-critiques, des attaques contre la politique et l'administration et des défenses et contre-attaques, de l'analyse et de l'examen le plus libre et le plus complet de chaque point de vue énoncé sur les projets politiques. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne la façon dont s'acquittent les ministres de la Couronne de leur responsabilité envers le Parlement, les députés du Parlement de leurs devoirs envers les électeurs et les électeurs eux-mêmes de leurs responsabilités lors de l'élection de leurs représentants.

Sa Seigneurie avait évidemment à l'esprit dans ce passage la nécessité, dans le fonctionnement de la société démocratique organisée sous le régime de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, de la plus grande liberté de discussion possible, afin que le Parlement fonctionne constamment sous le feu de l'opinion publique et de la libre discussion. Le renvoi en question se rapportait à la publication de journaux dans la province de l'Alberta, de sorte

Court was dealing with that version of the right to freedom of expression usually referred to as freedom of the press.

His Lordship continued at p. 133:

> The right of public discussion is, of course, subject to legal restrictions; those based upon considerations of decency and public order, and others conceived for the protection of various private and public interests with which, for example, the laws of defamation and sedition are concerned. In a word, freedom of discussion means, to quote the words of Lord Wright in *James v. Commonwealth*, [[1936] A.C. 578], "freedom governed by law."

It might be helpful to set out Lord Wright's complete statement from the *James* case, *supra*, at p. 627:

> "Free" in itself is vague and indeterminate. ... Free speech does not mean free speech; it means speech hedged in by the laws against defamation, blasphemy, sedition and so forth; it means freedom governed by law.

(*Vide* W.R. Lederman, *The Nature and Problems of a Bill of Rights*, 37 Can. Bar. Rev. 4.)

When all these broad discussions have been duly recorded we must return to the point of departure as I find it conveniently described by Beetz J. in *A.G. (Can.) and Dupond v. Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770, at p. 796:

> None of the freedoms referred to [and reference had been made to freedom of speech] is so enshrined in the Constitution as to be above the reach of competent legislation.

The freedom of expression with which the Court is here concerned of course has nothing to do with the elective process and the operations of our democratic institutions, the House of Commons and the provincial Legislature. We are indeed speaking about the right of economic free speech, the right to commercial advertising. It can hardly be contended that the province by proper legislation could not regulate the ethical, moral and financial aspects of a trade or profession within its boundaries. If the province were to declare that price advertising of legal services was to be con-

que la Cour avait à se prononcer d'abord et avant tout sur cette forme particulière du droit à la liberté d'expression qu'on appelle communément la liberté de la presse.

Sa Seigneurie a ajouté, à la p. 133:

> [TRADUCTION] Le droit de parler en public est naturellement soumis à des restrictions légales, soit qu'elles s'appuient sur des motifs d'ordre public et de décence ou qu'elles visent la protection des divers intérêts publics et privés sur lesquels portent, par exemple, les lois relatives à la diffamation et à la sédition. En un mot, la liberté de parole signifie, pour reprendre les termes de lord Wright dans l'arrêt *James v. Commonwealth* [[1936] A.C. 578], «la liberté régie par le droit».

Il serait peut-être utile de reproduire intégralement les propos de lord Wright dans l'arrêt *James*, précité, à la p. 627:

> [TRADUCTION] Le mot «libre» est en soi vague et imprécis ... L'expression «liberté de parole» ne signifie pas une liberté de parole absolue; elle signifie plutôt une liberté de parole soumise aux restrictions apportées par les lois contre la diffamation, le blasphème, la sédition, etc.; elle signifie la liberté régie par le droit.

(Voir W.R. Lederman, *The Nature and Problems of a Bill of Rights*, 37 R. du B. Can. 4.)

Ces études générales dûment signalées, nous devons revenir au point de départ dont le juge Beetz fournit une description pratique dans l'arrêt *P.G. (Can.) et Dupond c. Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, à la p. 796:

> Aucune des libertés mentionnées [et on avait mentionné la liberté d'expression] n'a été consacrée par la Constitution au point d'être mise hors de la portée de toute législation.

La liberté d'expression dont la Cour est saisie en l'espèce n'a bien sûr rien à voir avec le processus électoral et le fonctionnement de nos institutions démocratiques, savoir la Chambre des communes et les législatures provinciales. Il s'agit en réalité du droit à la liberté d'expression en matière commerciale, du droit de faire de la publicité commerciale. On ne saurait guère prétendre qu'une province ne peut, au moyen d'une loi appropriée, réglementer les aspects moraux et financiers d'un commerce exploité ou d'une profession exercée à l'intérieur de ses frontières. Si une province décla-

trolled in the manner described in *Can. Breweries*, *supra*, in the case of beer advertising and beer sales, would not such provincial legislation be *intra vires*? Clearly the right of a licence-holding member of the law profession practising in the Province of British Columbia is subject to some provincial regulations. One of those regulations might amount to a curtailment of the ability of the licence holder to advertise his or her services. The same attack might be made upon the *CIA* where it would otherwise be applicable. A restriction in the form of misleading advertising as in s. 36 of that Act is just such a lawful regulatory restriction on freedom of expression or freedom of economic speech as has been alleged here. This being so we are returned to the initial question as to whether or not the Benchers were authorized by the provincial statute to do what it has done in the discipline action relating to the appellant Jabour. If the answer is "Yes" then the submissions advanced with reference to the freedom of speech are answered. If the answer is "No" it is unnecessary to answer the question raised with reference to the right to free speech. The regulations and rulings of the Benchers with reference to advertising have already been set forth. Some matters may, in accordance with those rulings, be made the subject of public announcement, others may not. According to the factum of the appellant Jabour on March 30, 1979 after these proceedings had been commenced, new rulings were passed by the Benchers permitting "certain advertising of services by lawyers". Similar comment is found in the factum of the Law Society in the appeal by the Attorney General of Canada. Reference is there made to "current rulings and resolutions of the Law Society under which fee and other advertising is permitted in British Columbia . . . ." Thus it can be seen from the submissions of both appellants and respondents that the regulation of advertising is an ongoing function of the Benchers under the provincial statute. If the consequence of this action, assuming it to be valid in law, is the reduction of the ability of the member of the Law Society to make public announcements concerning the practice of law, such a consequence does not, as a violation of an asserted right to freedom of speech, invalidate the otherwise valid provincially-

rait que la publicité concernant le prix de services juridiques doit être soumise à un contrôle semblable à celui décrit dans l'arrêt *Can. Breweries*, précité, pour la réclame et la vente de la bière, pareille loi provinciale ne serait-elle pas *intra vires*? Il est évident que les droits d'un avocat titulaire d'un permis qui exerce dans la province de la Colombie-Britannique sont assujettis à certains règlements provinciaux. L'un de ces règlements peut éventuellement équivaloir à une restriction de la publicité que le titulaire du permis peut faire concernant ses services. On pourrait adresser ce même reproche contre la *L.R.E.C.* dans les cas où elle serait par ailleurs applicable. Une restriction relative à la publicité trompeuse, comme il s'en trouve à l'art. 36 de cette loi, constitue précisément le type de restriction légitime apportée, par voie de réglementation, à la liberté d'expression ou à la liberté d'expression en matière commerciale, qui, a-t-on prétendu, existe en l'espèce. Tel étant le cas, nous sommes obligés de revenir sur la question initiale de savoir si la loi provinciale autorise les Benchers à faire ce qu'ils ont fait dans le cadre des procédures disciplinaires engagées contre l'appelant Jabour. Une réponse affirmative à cette question contient en elle-même la réponse aux arguments mis de l'avant relativement à la liberté d'expression. Si toutefois la réponse est négative, il n'est pas nécessaire de répondre à la question soulevée au sujet du droit à la liberté d'expression. J'ai déjà reproduit les règlements et les règles établis par les Benchers relativement à la publicité. Suivant ces règles, certaines questions peuvent faire l'objet d'annonces publiques, tandis que d'autres ne le peuvent pas. Il se dégage du mémoire de l'appelant Jabour que, le 30 mars 1979, après l'introduction des présentes procédures, les Benchers ont adopté de nouvelles règles permettant [TRADUCTION] «aux avocats de faire une certaine publicité concernant leurs services». Le mémoire produit par l'Association dans le cadre du pourvoi formé par le procureur général du Canada contient une observation semblable. Dans ce mémoire, on parle des [TRADUCTION] «règles et résolutions de l'Association qui autorisent actuellement, en Colombie-Britannique, la publicité relative aux honoraires et à d'autres questions . . . ». Il ressort donc des prétentions tant des appelants que des

delegated legislative action.

As I have already concluded for reasons advanced earlier that the action taken by the Benchers herein was authorized by the province of British Columbia, the answer to the third question in my view is "No".

In the result therefore, in the Law Society action on the appeal to this Court by the Attorney General of Canada, the Restrictive Trade Practices Commission and Bertrand, I would answer the first question "No"; the second question need not in the circumstances be answered; and the third question I would answer "No". In the Jabour action on the appeal of the appellant Jabour, I would answer the first question "No"; the second question need not in the circumstances be answered; and the third question I would answer "No".

For all these reasons I would dismiss both appeals. As the questions in each appeal raise identical issues, except question 3 in the Jabour appeal, I would allow the respondents costs in this Court against all appellants except that there shall be only one counsel fee recoverable for both appeals in this Court, the same to be borne equally as between the appellants in the Law Society action and the appellant Jabour.

*Appeals dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellants, the Attorney General of Canada, the Restrictive Trade Practices Commission, L.A. Couture, in his capacity as Acting Chairman of the Restrictive Trade Practices Commission, and Robert J. Bertrand, in his*

intimés que la réglementation de la publicité est une fonction que les Benchers exercent de façon permanente en vertu de la loi provinciale. Si cette réglementation, à supposer qu'elle soit légale, a pour conséquence de réduire la possibilité pour les membres de l'Association de faire des annonces publiques concernant l'exercice du droit, cette conséquence n'a pas pour effet, en tant que violation du droit reconnu à la liberté d'expression, d'invalider les mesures de caractère législatif par ailleurs valides prises en vertu d'une délégation de pouvoir provincial.

Comme j'ai déjà conclu, pour les motifs exposés plus haut, les mesures prises par les Benchers en l'espèce étaient autorisées par la province de la Colombie-Britannique, j'estime qu'il faut répondre par la négative à la troisième question.

Donc, en définitive, pour ce qui est du pourvoi formé devant cette Cour par le procureur général du Canada, par la Commission sur les pratiques restrictives du commerce et par Bertrand dans le cadre de l'action intentée par l'Association, je suis d'avis de répondre par la négative aux première et troisième questions; dans les circonstances, il n'est pas nécessaire de répondre à la deuxième question. Quant au pourvoi de Jabour dans le cadre de l'action qu'il a intentée, je suis d'avis de répondre par la négative aux première et troisième questions; dans les circonstances, il n'est pas nécessaire de répondre à la deuxième question.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter les deux pourvois. Comme l'un et l'autre pourvois soulèvent des questions identiques, à la seule exception de la troisième question dans le pourvoi de Jabour, je suis d'avis d'adjuger aux intimés leurs dépens en cette Cour contre tous les appelants, sauf qu'il n'y aura qu'un seul mémoire de frais d'avocat pour les deux pourvois en cette Cour, à charge égale des appelants dans l'action intentée par l'Association et de l'appelant Jabour.

*Pourvois rejetés avec dépens.*

*Procureur des appelants, le procureur général du Canada, la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, L.A. Couture, en sa qualité de président intérimaire de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, et*

*capacity as Director of Investigation and Research, Combines Investigation Act: Roger Tassé, Ottawa.*

*Solicitors for the respondents the Law Society of British Columbia and Victor McCallum: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Ministry of the Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitors for the appellant Donald Jabour: Swinton & Co., Vancouver.*

*Solicitors for the respondents the Law Society of British Columbia and Harry Rankin representing the Benchers of the Law Society of British Columbia: Macaulay, McColl, MacKenzie, Vancouver.*

*Robert J. Bertrand, en sa qualité de directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions: Roger Tassé, Ottawa.*

*Procureurs des intimés la Law Society of British Columbia et Victor McCallum: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureurs de l'appelant Donald Jabour: Swinton & Co., Vancouver.*

*Procureurs des intimés la Law Society of British Columbia et Harry Rankin représentant les Benchers de la Law Society of British Columbia: Macaulay, McColl, MacKenzie, Vancouver.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*;

and

**Obed Ebenezer Gardiner** *Respondent.*

File No.: 15806.

1981: November 23; 1982: August 9.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Appeal — Criminal law — Supreme Court of Canada jurisdiction — Whether jurisdiction to entertain appeal against sentence — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19 as amended, s. 41 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 614, 618.*

*Criminal law — Indictable offence — Plea of guilty — Sentencing — Proper standard of proof of disputed aggravating facts.*

Following respondent's guilty plea, the trial judge, in the course of sentencing, assessed conflicting testimony given by the victim and the respondent as to the gravity of the offence. He found that the Crown need only prove the aggravating facts on a balance of probabilities, accepted the victim's version and sentenced the respondent. The Court of Appeal allowed respondent's appeal holding that the Crown must prove the aggravating facts beyond a reasonable doubt and reduced the sentence. This appeal raises two issues: (1) whether the Supreme Court of Canada has jurisdiction to entertain appeals arising out of sentencing and (2) if so, whether the Crown must prove aggravating facts beyond a reasonable doubt or upon a balance of probabilities.

*Held* (Laskin C.J. and Estey and McIntyre JJ. dissenting as to jurisdiction): The appeal should be dismissed.

*Per* Martland, Ritchie, Dickson and Chouinard JJ.: Appeals against sentence are included under s. 41(1) and not excluded by s. 41(3) of the *Supreme Court Act*. An expansive reading of s. 41(1) enables this Court to discharge its role better. Although the Court has the jurisdiction to assess fitness or quantum of sentence, as a matter of policy it should not do so. The rule against assessing fitness does not, however, exclude the assessment of important questions of law arising out of sen-

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*;

et

**Obed Ebenezer Gardiner** *Intimé.*

N° du greffe: 15806.

1981: 23 novembre; 1982: 9 août.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre et Chouinard.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Appel — Droit criminel — Compétence de la Cour suprême du Canada — Compétence pour entendre un appel formé à l'encontre d'une sentence — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19 et modifications, art. 41 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 614, 618.*

*Droit criminel — Acte criminel — Plaidoyer de culpabilité — Etablissement de la sentence — Norme de preuve applicable aux circonstances aggravantes contestées.*

L'intimé ayant plaidé coupable, le juge du procès a, dans l'établissement de la sentence, apprécié les témoignages contradictoires de la victime et de l'intimé relativement à la gravité de l'infraction. Il a conclu que la poursuite peut s'en tenir à la preuve des faits aggravants selon la prépondérance des probabilités, puis a accepté la version de la victime et a rendu la sentence. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimé en disant que la poursuite doit prouver les faits aggravants hors de tout doute raisonnable et a réduit la sentence. Le présent pourvoi soulève deux questions: 1) la Cour suprême a-t-elle compétence pour entendre des appels qui résultent de l'établissement de la sentence et 2) le cas échéant, la poursuite doit-elle prouver les faits aggravants hors de tout doute raisonnable ou selon la prépondérance des probabilités?

*Arrêt* (le juge en chef Laskin et les juges Estey et McIntyre sont dissidents sur la question de la compétence): Le pourvoi est rejeté.

*Les* juges Martland, Ritchie, Dickson et Chouinard: Les pourvois à l'encontre de la sentence sont visés au par. 41(1) et ne sont pas exclus par le par. 41(3) de la *Loi sur la Cour suprême*. Une interprétation libérale du par. 41(1) permet à cette Cour de mieux remplir son rôle. Bien que la Cour ait compétence pour évaluer la justesse ou l'importance d'une sentence, en principe, elle ne devrait pas le faire. La règle à l'encontre de l'évaluation de la justesse de la sentence ne doit cependant pas

tencing. The leave granting process is available to screen out these cases which do not give rise to legal issues of high importance. In this case the question of the proper standard of proof raises an issue of the legality, not the fitness of the sentence.

[*Hill v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 827; *Smith v. The Queen*, [1959] S.C.R. 638; *Parkes v. The Queen*, [1956] S.C.R. 134, followed; *Goldhar v. The Queen*, [1960] S.C.R. 60; *R. v. J. Alepin Frères Ltée*, [1965] S.C.R. 359; *R. v. MacDonald*, [1965] S.C.R. 831; *Paul v. The Queen*, [1960] S.C.R. 452, not followed; *Goldhamer v. The King*, [1924] S.C.R. 290, considered; *Lake Erie and Detroit River Railway Co. v. Marsh* (1904), 35 S.C.R. 197; *United States of America v. Link and Green*, [1955] S.C.R. 183; *Ottawa Electric Co. v. Brennan* (1901), 31 S.C.R. 311; *Furlan v. City of Montreal*, [1947] S.C.R. 216; *Chagnon v. Normand* (1889), 16 S.C.R. 661; *Cully v. Ferdais* (1900), 30 S.C.R. 330; *McKenzie v. Hiscock*, [1967] S.C.R. 781; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303; *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940; *R. v. Skolnick*, [1982] 2 S.C.R. 47; *Lees v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 749; *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265, referred to.]

In deciding disputed facts in sentencing, a trial judge should not depart from the traditional criminal standard of proof beyond a reasonable doubt. Sentencing is the critical stage of the criminal process. Facts which justify the sanction are no less important than facts which justify the conviction. Crime and punishment are inextricably linked. Both the informality of the sentencing procedure as to the admissibility of evidence and the wide discretion given to the trial judge in imposing sentence militate in favour of the retention of the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt.

[*R. v. Cieslak* (1977), 37 C.C.C. (2d) 7, overruled; *R. v. Sayer*, Ont. C.A., released February 27, 1976; *R. v. Gortat and Pirog*, [1973] Crim. L.R. 648; *Alberton Fisheries Ltd. v. The King* (1944), 17 M.P.R. 457; *R. v. Maitland*, [1963] S.A.S.R. 332; *Law v. Deed*, [1970] S.A.S.R. 374; *O'Malley v. French* (1971), 2 S.A.S.R. 110; *Weaver v. Samuels*, [1971] S.A.S.R. 116; *R. v. Thompson* (1975), 11 S.A.S.R. 217; *R. v. Stehbens* (1976), 14 S.A.S.R. 240; *R. v. O'Neill*, [1979] 2 N.S.W.

exclure l'examen des questions de droit importantes qui découlent de l'établissement de la sentence. Le processus d'autorisation permet d'éliminer les pourvois qui ne soulèvent pas de questions de droit importantes. En l'espèce, la question de la norme de preuve applicable soulève la question de la légalité de la sentence, non de sa justesse.

[Jurisprudence: arrêts suivis: *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827; *Smith c. La Reine*, [1959] R.C.S. 638; *Parkes c. La Reine*, [1956] R.C.S. 134; arrêts non suivis: *Goldhar c. La Reine*, [1960] R.C.S. 60; *R. c. J. Alepin Frères Ltée*, [1965] R.C.S. 359; *R. c. MacDonald*, [1965] R.C.S. 831; *Paul c. La Reine*, [1960] R.C.S. 452; arrêt examiné: *Goldhamer c. Le Roi*, [1924] R.C.S. 290; arrêts mentionnés: *Lake Erie and Detroit River Railway Co. c. Marsh* (1904), 35 R.C.S. 197; *United States of America c. Link and Green*, [1955] R.C.S. 183; *Ottawa Electric Co. c. Brennan* (1901), 31 R.C.S. 311; *Furlan c. Ville de Montréal*, [1947] R.C.S. 216; *Chagnon c. Normand* (1889), 16 R.C.S. 661; *Cully c. Ferdais* (1900), 30 R.C.S. 330; *McKenzie c. Hiscock*, [1967] R.C.S. 781; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. c. La Reine*, [1956] R.C.S. 303; *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940; *R. c. Skolnick*, [1982] 2 R.C.S. 47; *Lees c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 749; *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265.]

Lorsqu'il décide des faits contestés dans l'établissement de la sentence, le juge du procès ne doit pas s'écarter de la norme de preuve traditionnelle en matière criminelle qui est la preuve hors de tout doute raisonnable. La détermination de la sentence est une étape décisive du processus en matière pénale. Les faits qui justifient la peine ne sont pas moins importants que ceux qui justifient la déclaration de culpabilité; l'infraction et la peine sont inextricablement liées. Aussi bien le caractère non formaliste du processus de sentence quant à la recevabilité de la preuve que le large pouvoir discrétionnaire dont dispose le juge du procès quant à l'imposition de la sentence militent en faveur du maintien de la norme de preuve en matière criminelle, c'est-à-dire la preuve hors de tout doute raisonnable.

[Jurisprudence: arrêt rejeté: *R. v. Cieslak* (1977), 37 C.C.C. (2d) 7; arrêts mentionnés: *R. v. Sayer*, C.A. Ont., prononcé le 27 février 1976; *R. v. Gortat and Pirog*, [1973] Crim. L.R. 648; *Alberton Fisheries Ltd. v. The King* (1944), 17 M.P.R. 457; *R. v. Maitland*, [1963] S.A.S.R. 332; *Law v. Deed*, [1970] S.A.S.R. 374; *O'Malley v. French* (1971), 2 S.A.S.R. 110; *Weaver v. Samuels*, [1971] S.A.S.R. 116; *R. v. Thompson* (1975), 11 S.A.S.R. 217; *R. v. Stehbens* (1976), 14

L.R. 582; *Bierkowski v. Pearson* (1971), 18 F.L.R. 110; *Browne v. Smith* (1974), 4 A.L.R. 114; *R. v. Browne*, [1950] N.I.L.R. 20; *R. v. McKee*, [1947] N.I.L.R. 27; *R. v. Pinder* (1923), 40 C.C.C. 272; *R. v. Christopher*, Alta. C.A., unreported; *R. v. Knight* (1975), 27 C.C.C. (2d) 343; *R. v. Wettlaufer*, 6 W.C.B. 311; *R. v. Parenteau*, (1980), 52 C.C.C. (2d) 188; *R. v. Dimora* (1978), 45 C.C.C. (2d) 96; *R. v. Boileau*; *R. v. Lepine* (1979), 50 C.C.C. (2d) 189; *R. v. Davis and Fancie* (1976), 15 N.S.R. (2d) 461; *R. v. Sadler*, Engl. C.A. (Crim. Div.), November 22, 1973; *R. v. Miller, Vella and Walker*, Engl. C.A. (Crim. Div.), December 2, 1974; *R. v. Taggart* (1979), 1 Cr. App. R. (S.) 144; *S. v. Manchester City Recorder*, [1969] 3 All E.R. 1230; *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525; *Dingwall v. J. Wharton (Shipping), Ltd.*, [1961] 2 Lloyd's Rep. 213; *United States v. Fatico*, 458 F. Supp. 388 (1978); *Gardner v. Florida*, 430 U.S. 349, 51 L Ed 2d 393 (1977); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 49 L Ed 2d 859 (1976); *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *Williams v. New York*, 337 U.S. 241, 93 L ed 1337 (1949), referred to.]

*Per* Laskin C.J. and Estey and McIntyre JJ. (*dissenting*): This Court has no appellate jurisdiction to assess the quantum of a sentence and cannot acquire it by reason of alleged errors in the courts below in arriving at or in fixing the quantum. Here, the sentence imposed by the trial judge and reduced by the Court of Appeal was within the statutory limits of the offence. There was no question of legality—in the sense of the legal right to impose the particular sentence—or of constitutionality. This Court is a statutory court with circumscribed jurisdiction in criminal matters (s. 618 *Cr. C.*) and s. 41(1) of the *Supreme Court Act* should not be opened to matters outside of the *Criminal Code* unless they relate to constitutionality or legality.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario (1979), 52 C.C.C. (2d) 183, allowing respondent's appeal from the sentence imposed following his plea of guilty of a charge of assault causing bodily harm. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Estey and McIntyre JJ. dissenting on the question of jurisdiction.

*S. Casey Hill*, for the appellant.

*Clayton C. Ruby*, for the respondent.

S.A.S.R. 240; *R. v. O'Neill*, [1979] 2 N.S.W. L.R. 582; *Bierkowski v. Pearson* (1971), 18 F.L.R. 110; *Browne v. Smith* (1974), 4 A.L.R. 114; *R. v. Browne*, [1950] N.I.L.R. 20; *R. v. McKee*, [1947] N.I.L.R. 27; *R. v. Pinder* (1923), 40 C.C.C. 272; *R. v. Christopher*, C.A. Alb., inédit; *R. v. Knight* (1975), 27 C.C.C. (2d) 343; *R. v. Wettlaufer*, 6 W.C.B. 311; *R. v. Parenteau* (1980), 52 C.C.C. (2d) 188; *R. v. Dimora* (1978), 45 C.C.C. (2d) 96; *R. v. Boileau; R. v. Lepine* (1979), 50 C.C.C. (2d) 189; *R. v. Davis and Fancie* (1976), 15 N.S.R. (2d) 461; *R. v. Sadler*, C.A. Angl. (Div. crim), 22 novembre 1973; *R. v. Miller, Vella and Walker*, C.A. Angl. (Div. crim.), 2 décembre 1974; *R. v. Taggart* (1979), 1 Cr. App. R. (S) 144; *S. v. Manchester City Recorder*, [1969] 3 All E.R. 1230; *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525; *Dingwall v. J. Wharton (Shipping), Ltd.*, [1961] 2 Lloyd's Rep. 213; *United States v. Fatico*, 458 F. Supp. 388 (1978); *Gardner v. Florida*, 430 U.S. 349, 51 L Ed 2d 393 (1977); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 49 L Ed 2d 859 (1976); *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *Williams v. New York*, 337 U.S. 241, 93 L ed 1337 (1949).]

*Le* juge en chef Laskin et les juges Estey et McIntyre (*dissidents*): Cette Cour n'a pas de compétence en matière d'appel pour se prononcer sur l'importance d'une sentence et ne peut l'acquérir à cause d'erreurs que les cours d'instance inférieure auraient commises en déterminant l'importance de la sentence. En l'espèce, la sentence imposée par le juge du procès et réduite par la Cour d'appel respecte les limites de sentence spécifiées pour l'infraction. Il n'est pas question de légalité, c'est-à-dire du droit d'imposer une sentence particulière, ni de constitutionnalité. Cette Cour est une cour créée par la loi, dont la compétence en matière criminelle est limitée (art. 618 *C. cr.*), et le par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême* ne devrait pas s'appliquer à des points qui ne relèvent pas du *Code criminel* à moins qu'ils ne touchent la constitutionnalité ou la légalité.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1979), 52 C.C.C. (2d) 183, qui a accueilli l'appel de l'intimé à l'encontre de la sentence imposée suite à son plaidoyer de culpabilité relativement à une accusation de voies de fait causant des lésions corporelles. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et les juges Estey et McIntyre sont dissidents sur la question de la compétence.

*S. Casey Hill*, pour l'appelante.

*Clayton C. Ruby*, pour l'intimé.

The reasons of Laskin C.J. and Estey and McIntyre JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—This case raises an important question of jurisdiction, a question that is open notwithstanding that leave to appeal has been given: *R. v. Warner*, [1961] S.C.R. 144; *R. v. J. Alepin Frères Ltée*, [1965] S.C.R. 359; *R. v. MacDonald*, [1965] S.C.R. 831. The jurisdictional issue, raised by the Court *suo motu*, is simply whether this Court, a statutory Court, is entitled to entertain an appeal as to the proper standard of proof of disputed facts in a sentencing proceeding in respect of an indictable offence to which the accused pleaded guilty.

Counsel for the parties were alerted in advance that jurisdiction would be put in issue when the appeal came on for hearing, notwithstanding that the matter was not raised on the application for leave to appeal nor considered by them in their factums. However, after argument on jurisdiction the Court reserved judgment and felt it advisable to hear the parties on the merits since they had prepared their submissions without concern for jurisdiction, relying, of course, on the fact that leave to appeal had been given. Judgment was also reserved on the merits but they will only be reached if jurisdiction exists, and so I turn to consider that question. I should say at the outset that this is a case which both the Crown appellant and the respondent wish to have decided on the merits, and they joined in contending that this Court had jurisdiction to that end.

It has been and is the view of this Court that it has no jurisdiction to deal with the quantum of a sentence, whether too heavy a penalty was imposed or too light a penalty, so long as it was within the statutory limits. This follows from s. 618 of the *Criminal Code* in respect of sentences for indictable offences and from the view taken of s. 41(3) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19 in respect of the quantum of a sentence imposed upon a summary conviction. Moreover, this Court has not viewed its general jurisdictional authority in appeals under s. 41(1) of the *Supreme Court Act*

Version française des motifs du juge en chef Laskin et des juges Estey et McIntyre rendus par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—Le présent pourvoi soulève une importante question de compétence, qu'il faut résoudre même si l'autorisation d'appel a été accordée : *R. c. Warner*, [1961] R.C.S. 144; *R. c. J. Alepin Frères Ltée*, [1965] R.C.S. 359; *R. c. MacDonald*, [1965] R.C.S. 831. La question de compétence, que la Cour a soulevée de son propre chef, est simplement de savoir si cette Cour, créée par la loi, peut entendre un appel quant à la norme de preuve applicable aux faits contestés dans une procédure relative à la sentence imposée pour un acte criminel dont l'accusé s'est reconnu coupable.

Nous avons prévenu les avocats des parties que la question de compétence serait soulevée au moment de procéder à l'audition du pourvoi même s'ils ne l'avaient pas eux-mêmes soulevée dans la demande d'autorisation d'appel ni mentionnée dans leurs mémoires. Cependant, après les plaidoiries sur la question de compétence, la Cour l'a prise en délibéré et elle a jugé préférable d'entendre les parties sur le fond étant donné qu'elles avaient préparé leurs mémoires sans égard à la compétence qu'elles avaient tenue pour acquise vu que l'autorisation d'appel avait été accordée. Après les plaidoiries sur le fond, la Cour a également pris cette question en délibéré et elle ne statuera sur celle-ci que si elle conclut qu'elle a compétence. Je vais donc aborder cette question. Je dois dire d'abord que tant la poursuite appelante que l'intimé souhaitent que la Cour se prononce sur le fond et que tous deux soutiennent que cette Cour est compétente à cette fin.

Cette Cour a considéré et considère toujours qu'elle n'est pas compétente pour examiner l'importance d'une sentence, considérée trop sévère ou trop légère, dans la mesure où cette sentence respecte les limites de la loi. Cela découle de l'art. 618 du *Code criminel* quant aux sentences applicables aux actes criminels et de l'interprétation donnée au par. 41(3) de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, quant à l'importance d'une sentence imposée par suite d'une déclaration sommaire de culpabilité. De plus, cette Cour n'a pas considéré que sa compétence générale

as empowering it to entertain appeals as to the quantum of a legal sentence, although as Cartwright C.J. noted in *R. v. MacDonald, supra*, at p. 842, the words of the subsection are literally wide enough to embrace such appeals. Section 41(1) in its present formulation reads as follows:

**41.** (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in such question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from such judgment is accordingly granted by the Supreme Court.

I would refer also to s. 41(3) which is in these words:

(3) No appeal to the Supreme Court lies under this section from the judgment of any court acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence or, except in respect of a question of law or jurisdiction, of an offence other than an indictable offence.

It is only fair to say that there has been no consistency in this Court in its approach to sentence questions, whether arising in relation to a sentence upon a conviction of an indictable offence or arising in relation to a sentence of preventive detention upon a finding that an accused is an habitual criminal. I shall come to the authorities shortly, but the important point to note in respect of what I have called inconsistency is that the issue of quantum appears to have been suppressed in some instances when it has been alleged that a question of law has arisen in a sentence proceeding, as it is alleged to arise here in respect of the proper standard of proof to be met by the Crown when seeking a heavier sentence because of

en matière d'appel, qu'elle possède en vertu du par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, lui permet d'entendre des appels portant sur l'importance d'une sentence légale, même si le juge en chef Cartwright a souligné dans l'arrêt *R. c. MacDonald*, précité, à la p. 842, que les termes du paragraphe sont suffisamment généraux pour viser de tels appels. Le paragraphe 41(1) actuel se lit comme suit:

**41.** (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel à la Cour suprême de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la plus haute cour du dernier ressort habilitée, dans une province, à rendre jugement dans l'affaire en question, ou par l'un des juges de cette cour, que l'autorisation d'en appeler à la Cour suprême ait ou non été refusée par un autre tribunal, lorsque la Cour suprême estime, étant donné l'importance de l'affaire pour le public, l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou sa nature ou son importance à tout autre égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde dès lors l'autorisation d'interjeter appel de ce jugement.

Je citerai également le par. 41(3) qui se lit comme suit:

(3) Nul appel à la Cour suprême ne peut être interjeté selon le présent article, du jugement d'une cour acquittant ou déclarant coupable, ou annulant ou confirmant une déclaration de culpabilité ou un acquittement, d'un acte criminel ou, sauf sur une question de droit ou de juridiction, d'une infraction autre qu'un acte criminel.

Il n'est que juste d'affirmer que cette Cour a manqué de constance dans sa façon d'aborder les questions de sentences, qu'il s'agisse de sentences imposées par suite d'une déclaration de culpabilité relative à un acte criminel ou de sentences de détention préventive d'un accusé déclaré repris de justice. J'aborderai la jurisprudence un peu plus loin, mais le point important à souligner par rapport à ce que j'ai qualifié d'inconstance est qu'on ne semble pas avoir pris en considération la question de l'importance des sentences dans certains cas où l'on a prétendu que la procédure relative à une sentence soulevait un point de droit comme celui qui serait soulevé en l'espèce quant à la norme de preuve à laquelle la poursuite doit satis-

aggravating circumstances which are disputed.

There is a central and, to me, a dominating point to be made. If this Court, as is conceded, has no appellate jurisdiction to assess the quantum of a sentence *simpliciter*, I do not see how it can acquire it by reason of alleged errors in the courts below in arriving at or in fixing quantum. There is some analogy here—I do not press it as perfect—with administrative law cases where, in order to overcome the effect of a privative clause, errors in the course of a proceeding are raised to the stature of jurisdictional errors when it is clear that the statutory body had jurisdiction to deal with the issues before it and was entitled to be wrong without courting review for errors of law.

A provincial court of appeal has jurisdiction, expressly given, to entertain an appeal against sentence upon a conviction of an indictable offence if leave to appeal is given by the court or a judge thereof, unless the sentence is one fixed by law: see *Criminal Code*, s. 603(1)(*b*) and s. 605(1)(*b*). Leave is generally sought at the time a sentence appeal comes on for hearing, and it is rarely refused. That, at least, was my own experience as a member of the Ontario Court of Appeal for almost five years. Rules of Court govern the procedure on appeal and the time period within which leave must be sought, but the time may be extended: see *Criminal Code*, s. 607(1) and (2). Excessive delay may well be a ground for refusing leave or refusing to extend the time but this, I understand, is not frequent. The courts of appeal prefer, in the interests of fairness, to dispose of sentence appeals on their merits. There is no such general appellate authority in respect of sentence conferred upon the Supreme Court of Canada.

The leading case in this Court on sentence appeals under the equivalent of our present statu-

faire si elle veut obtenir une sentence plus sévère en raison de circonstances aggravantes qui sont contestées.

Il y a un point capital et, à mon avis, dominant qui doit être expliqué. Si, comme on le reconnaît, cette Cour n'a pas de compétence en matière d'appel pour se prononcer sur l'importance d'une sentence en soi, je ne vois pas comment elle pourrait l'acquérir à cause d'erreurs que les cours d'instance inférieure auraient commises en déterminant l'importance de la sentence. Il y a une analogie ici — que je ne prétends pas parfaite — avec les affaires de droit administratif où, pour se soustraire aux effets d'une clause privative, on élève les erreurs commises au cours d'une procédure au rang d'erreurs de compétence alors qu'il est manifeste que l'organisme administratif avait compétence pour statuer sur les questions dont il était saisi et qu'il pouvait se tromper sans s'exposer à une révision pour erreur de droit.

Une cour d'appel provinciale a la compétence, qui lui est expressément attribuée, pour entendre l'appel d'une sentence rendue par suite d'une déclaration de culpabilité relative à un acte criminel si la cour ou l'un de ses juges a accordé l'autorisation d'en appeler, à moins que la sentence ne soit de celles que fixe la loi: voir les al. 603(1)*b*) et 605(1)*b*) du *Code criminel*. L'autorisation est généralement demandée au moment où l'appel de la sentence vient à audience et il est rare qu'elle soit refusée. C'est du moins ce qui s'est produit pendant les quelque cinq années où j'ai siégé à la Cour d'appel de l'Ontario. Les règles de la cour déterminent la procédure d'appel et le délai imparti pour demander l'autorisation d'appeler, mais il peut y avoir prorogation de ce délai: voir les par. 607(1) et (2) du *Code criminel*. Le retard indu peut bien constituer un motif de refus d'autorisation ou de refus de prorogation de délai, mais, si je comprends bien, cela ne se produit pas souvent. Les cours d'appel préfèrent, pour des motifs d'équité, trancher les appels de sentences sur le fond. La Cour suprême du Canada n'a pas de compétence aussi générale en matière d'appel à l'égard des sentences.

L'arrêt qui fait autorité en cette Cour pour ce qui est des appels de sentences interjetés en vertu

tory authority has been *Goldhar v. The Queen*, [1960] S.C.R. 60. It was distinguished, and in my opinion properly so, in *Hill v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 827; and on a rehearing, *Hill v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 827, which I will consider in due course. In the *Hill* cases, Pigeon J. spoke for the whole Court on the question of its jurisdiction to entertain an appeal from a determination of the provincial Court of Appeal that it had the power to increase a sentence imposed upon an accused upon a motion to that end by the Crown made during the hearing of a sentence appeal by the accused alone. Although I was in a minority of four on the question of the Court of Appeal's power, I subscribed fully to the view expressed by Pigeon J. that this Court had jurisdiction because it was not called on to deal with a sentence appeal but with the legal authority of the provincial court of appeal. In the course of his reasons, Pigeon J. canvassed the cases on the issue now before us and he has, in so doing, relieved me of the necessity of going through them as meticulously as he did. Nonetheless, I do wish to review them to provide perspective for the present case.

*Goldhar* was an application for leave to appeal heard by a Bench of five. Fauteux J., as he then was, delivered the judgment of the Court (Cartwright J., as he then was, alone dissenting) and he held that this Court had no jurisdiction to entertain an appeal against a sentence imposed on a conviction of an indictable offence. I disagree with Pigeon J.'s observation in the *Hill* cases that *Goldhar* was not binding and should not be followed. Although I said in my reasons in the first *Hill* hearing, at p. 830, that I agreed with Pigeon J. that *Goldhar* should be overruled, this was only in the context of the issue in the *Hill* case and only in so far as *Goldhar* might be taken as prohibiting an appeal to this Court on the legality of a sentence or on the power of a Court to increase a sentence against which no appeal was taken. I can agree that *Goldhar* was not binding (none of our decisions now are, theoretically, binding) but it was unnecessary to say that it should not be followed when the *Hill* cases were of a completely

de l'article équivalent de notre loi constitutive actuelle est l'arrêt *Goldhar c. La Reine*, [1960] R.C.S. 60. Il a fait l'objet d'une distinction, avec raison à mon avis, dans l'arrêt *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827 et, lors d'une nouvelle audition, *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827, que je commenterai en temps opportun. Dans les arrêts *Hill*, le juge Pigeon a rédigé l'opinion de la Cour au complet sur la question de la compétence de cette dernière pour entendre un appel de la décision d'une cour d'appel provinciale portant que celle-ci pouvait imposer une sentence plus sévère par suite d'une requête à cette fin soumise par la poursuite à l'audition de l'appel de la sentence interjeté par l'accusé seul. Bien que j'aie été l'un des quatre juges dissidents sur la question du pouvoir de la cour d'appel, j'ai souscrit entièrement à l'avis du juge Pigeon selon lequel cette Cour avait compétence parce qu'elle était appelée à statuer non pas sur l'appel d'une sentence, mais sur la compétence de la cour d'appel provinciale. Dans ses motifs, le juge Pigeon a analysé la jurisprudence relative à la question qui nous est soumise en l'espèce et, pour cette raison, il ne m'est pas nécessaire de l'analyser aussi méticuleusement qu'il l'a fait. Néanmoins, je tiens à l'étudier pour mieux situer la présente affaire.

L'affaire *Goldhar* portait sur une demande d'autorisation d'appel soumise à une formation de cinq juges. Le juge Fauteux, alors juge puîné, a rédigé les motifs de la Cour, (le juge Cartwright, alors juge puîné, étant le seul dissident) et il a statué que cette Cour n'était pas compétente pour entendre l'appel d'une sentence imposée à la suite d'une déclaration de culpabilité relative à un acte criminel. Je ne souscris pas à l'observation du juge Pigeon dans les arrêts *Hill*, portant que l'arrêt *Goldhar* ne lie pas la Cour et ne doit pas être suivi. Bien que j'aie dit dans mes motifs relatifs à la première audition de l'affaire *Hill*, à la p. 830, que j'étais d'accord avec le juge Pigeon pour renverser l'arrêt *Goldhar*, ce n'était qu'en fonction de la question soulevée dans l'affaire *Hill* et que dans la mesure où l'arrêt *Goldhar* pourrait être interprété comme empêchant d'interjeter appel à cette Cour sur la légalité d'une sentence ou sur le pouvoir d'une cour d'accroître une sentence qui n'a fait l'objet d'aucun appel. Je puis accepter que l'arrêt

different order than *Goldhar*.

*Goldhar* was decided at a time when the *Supreme Court Act* contained as s. 41(1) a provision which, for present purposes, was similar to the present section above quoted. It was preceded by *Goldhamer v. The King*, [1924] S.C.R. 290, an easier case for rejecting jurisdiction as to sentence, because when it was decided there was no provision in the *Supreme Court Act* conferring jurisdiction on this Court in criminal matters, nor was the Act even neutral as it now literally is, because it expressly excluded criminal causes from its conferment of appellate jurisdiction. Reliance had to be placed therefore on the then equivalent of the present s. 618 which spoke, *inter alia*, of appeals by leave from judgments setting aside or affirming a conviction of an indictable offence. Hence, jurisdiction was denied to entertain an appeal from a judgment of the Quebec Court of Appeal increasing a sentence. *Goldhamer* was, quite clearly, an easier case for refusal of jurisdiction than *Goldhar*.

Prior to *Goldhar* but after the introduction of s. 41(1) jurisdiction, this Court was called on to deal with an application for leave to appeal in *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303, reported on the merits only. Pigeon J.'s research in the *Hill* cases disclosed that the question of the Court's jurisdiction was raised on the application for leave and, indeed, there was re-argument before leave to appeal was granted, the Court's Minute Book carrying a note that the majority of the Court was of the opinion that it had jurisdiction. What was put in issue in the *Goodyear Tire* case was an order of prohibition under the *Combines Investigation Act* following a conviction upon an indictment for an offence under the Act. The Court of Appeal of Ontario

*Goldhar* ne liait pas la Cour (aucun de nos arrêts ne la lie maintenant en théorie) mais il était inutile de dire qu'il ne devait pas être suivi alors que les affaires *Hill* étaient d'un tout autre ordre que l'affaire *Goldhar*.

L'arrêt *Goldhar* a été rendu à un moment où la *Loi sur la Cour suprême* comportait, au par. 41(1), une disposition qui, pour les fins des présentes, était semblable au paragraphe actuel déjà cité. Il avait été précédé de l'arrêt *Goldhamer c. Le Roi*, [1924] R.C.S. 290, où il avait été plus facile de conclure à l'absence de compétence quant aux sentences puisque, à ce moment-là, la *Loi sur la Cour suprême* ne comportait pas de disposition attributive de compétence à cette Cour en matière criminelle. La Loi n'était pas non plus neutre comme elle l'est littéralement aujourd'hui parce qu'elle excluait expressément les affaires criminelles de son attribution de compétence en matière d'appel. Il fallait donc invoquer l'article équivalant à l'art. 618 actuel qui parlait notamment d'appels avec autorisation contre des jugements confirmant ou infirmant une déclaration de culpabilité relative à un acte criminel. En conséquence, on a conclu à l'absence de compétence pour entendre un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui imposait une sentence plus sévère. Il était très clairement plus facile de conclure à l'absence de compétence dans l'arrêt *Goldhamer* que dans l'arrêt *Goldhar*.

Avant l'arrêt *Goldhar* mais après l'attribution de compétence en vertu du par. 41(1), cette Cour a eu à trancher une demande d'autorisation d'appel dans l'affaire *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. c. La Reine*, [1956] R.C.S. 303, dont seul le jugement sur le fond est publié. Les recherches que le juge Pigeon a effectuées dans le cadre des affaires *Hill* ont révélé que la question de la compétence de la Cour avait été soulevée à l'occasion de la demande d'autorisation et qu'il y avait même eu de nouvelles auditions avant que l'autorisation d'appel ne soit accordée. Le registre du greffier de la Cour porte une note selon laquelle la Cour à la majorité était d'avis qu'elle avait compétence. L'affaire *Goodyear Tire* porte sur une ordonnance de prohibition rendue en vertu de la

treated the appeal to it as a sentence appeal, under a relevant definition, and it is clear that the appeal to this Court was pursuant to s. 41 of the *Supreme Court Act*. In so far as Pigeon J. intimates in the *Hill* cases that this Court was giving leave in a sentence matter, I disagree with him. The real issue in this Court in the *Goodyear Tire* case was the constitutionality of a prohibitory order forbidding the repetition of the offence of which the corporation had been convicted. That was surely a question within the competence of this Court, and the granting of leave had nothing to do with the fact that the prohibitory order was characterized as a sentence for the purposes of an appeal to the Ontario Court of Appeal.

*Paul v. The Queen*, [1960] S.C.R. 452 was decided shortly after *Goldhar* and it affirmed the principle of *Goldhar* in relation to a summary conviction matter that cases which fell outside of s. 41(3) were not on that account brought within s. 41(1), any more than were cases of indictable offences which fell outside of what is now s. 618 of the *Criminal Code*. *Paul v. The Queen* was not an attempted sentence appeal in the same sense as *Goldhar* but was rather a case where the provincial Court of Appeal refused to hear an appeal in respect of a summary conviction or, alternatively, refused to hear an appeal from the dismissal of an appeal in the matter to a County Court Judge. As such, notwithstanding that it was a bare majority decision, it is squarely within this Court's plurality decision in *Ernewein v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 S.C.R. 639 where this Court held that it had no jurisdiction to give leave to appeal from a decision of the Federal Court of Appeal from the latter's refusal to grant leave to it where such leave was required to entitle that Court to deal with the case. Hence, the denial of leave in the *Paul* case does not, under our present view, depend on whether a matter of sentence is involved but would equally result where required leave to appeal on any matter is denied by an appellate

*Loi des enquêtes sur les coalitions* par suite d'une déclaration de culpabilité relative à une infraction à la Loi. La Cour d'appel de l'Ontario a traité l'appel porté devant elle comme s'il s'agissait de l'appel d'une sentence, conformément à une définition pertinente, et il est manifeste que l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême* a servi de fondement au pourvoi en cette Cour. Dans la mesure où le juge Pigeon laisse entendre, dans les arrêts *Hill*, que cette Cour autorisait alors l'appel d'une sentence, je suis en désaccord avec lui. Le véritable point litigieux dont était saisie cette Cour dans l'affaire *Goodyear Tire* était la constitutionnalité d'une ordonnance de prohibition interdisant la répétition de l'infraction dont la société avait été reconnue coupable. Cette question relevait certainement de la compétence de cette Cour et l'autorisation d'appel n'avait rien à voir avec le fait que l'ordonnance de prohibition avait été qualifiée de sentence aux fins de l'appel à la Cour d'appel de l'Ontario.

L'arrêt *Paul c. La Reine*, [1960] R.C.S. 452 suit de près l'arrêt *Goldhar* et il confirme le principe formulé dans ce dernier arrêt relativement aux déclarations sommaires de culpabilité, selon lequel les cas qui ne sont pas visés par le par. 41(3) ne relèvent pas pour autant du par. 41(1), pas plus que les cas d'actes criminels qui ne sont pas visés par ce qui constitue maintenant l'art. 618 du *Code criminel*. L'arrêt *Paul c. La Reine* ne constitue pas une tentative d'en appeler d'une sentence au même sens que l'arrêt *Goldhar*. Il s'agissait plutôt d'une affaire où la cour d'appel provinciale avait refusé d'entendre l'appel relatif à une déclaration sommaire de culpabilité ou, encore, l'appel du rejet d'un appel formé en la matière auprès d'un juge de la Cour de comté. Bien que ce fût un arrêt rendu à une mince majorité, il est comme tel strictement conforme à l'arrêt de la pluralité de cette Cour dans *Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 R.C.S. 639, où cette Cour a statué qu'elle n'était pas compétente pour accorder une autorisation d'en appeler du refus de la Cour d'appel fédérale d'autoriser qu'un appel soit interjeté devant elle lorsque cette autorisation est nécessaire pour permettre à cette cour de connaître de l'affaire. Donc le refus d'autorisation d'en appeler dans l'affaire *Paul* n'est pas lié, à notre avis, à

Court and it is sought to bring the matter here.

The same ruling, denial of leave, that was made in *Paul* was made in *R. v. J. Alepin Frères Ltée*, [1965] S.C.R. 359. This Court affirmed again in the proposition that matters not mentioned in s. 41(3) are not thereby brought within s. 41(1) and thus sentence appeals are excluded.

Before turning to the latest case on sentence appeals in this Court, *Lees v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 749, a short summation is in order. The quantum or fitness of a sentence, as such, no other considerations being involved, does not engage the jurisdiction of this Court. This was re-affirmed in the *Hill* cases by Pigeon J. However, quantum or fitness is not involved where the Court is asked to consider the legality of a sentence, legality in the sense of the legal right to impose the particular sentence as contrasted with the imposition of a lawful sentence which is alleged to have been the result of errors of law in determining its fitness. So too, quantum is not involved where the constitutionality of a certain type of sentence is put in issue. Nor is it involved where the Court is asked, in the *Hill* cases, whether there is power in a provincial appellate court to increase a sentence upon a motion by the Crown made during a sentence appeal taken by the accused alone, there having been no cross-appeal by the Crown. In such cases, the question is one of judicial or legislative authority to act and not one whether, there being such authority, it was improperly exercised.

Another type of case which can properly rest on s. 41 of the *Supreme Court Act* is *Smith v. The Queen*, [1959] S.C.R. 638 where this Court granted leave to appeal from the dismissal of an application for *certiorari* to quash a finding of delinquency against a child under the *Juvenile Delinquents Act*. The appeal was allowed and it is

la question de savoir s'il s'agit d'un cas relatif à une sentence. Il en serait de même chaque fois qu'une cour d'appel refuse l'autorisation d'appel requise et qu'on cherche à soumettre la question à cette Cour.

A l'instar de l'arrêt *Paul*, la même décision, soit le refus d'autorisation, a été rendue dans l'arrêt *R. c. J. Alepin Frères Ltée*, [1965] R.C.S. 359. Cette Cour y confirme de nouveau que les questions non mentionnées au par. 41(3) ne relèvent pas pour autant du par. 41(1) et qu'ainsi les appels de sentences sont exclus.

Avant d'aborder le dernier arrêt de cette Cour visant les appels de sentences, savoir *Lees c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 749, il serait utile de faire un résumé de la question. L'importance ou la justesse d'une sentence, à l'exclusion de toute autre considération, ne relève pas comme telle de la compétence de cette Cour. C'est ce que réaffirme le juge Pigeon dans les arrêts Hill. Toutefois, ce n'est pas l'importance ou la justesse qui est visée lorsque cette Cour est appelée à étudier la légalité d'une sentence, le mot légalité étant pris au sens de droit d'imposer une sentence particulière par opposition à l'imposition d'une sentence légale qui résulterait d'erreurs de droit commises dans la détermination de sa justesse. Ce n'est pas non plus l'importance de la sentence qui est en cause lorsqu'on conteste la constitutionnalité de certains types de sentences, ou lorsqu'on demande à la Cour, comme dans les affaires *Hill*, si une cour d'appel provinciale a le pouvoir d'imposer une sentence plus sévère par suite d'une requête de la poursuite présentée au cours d'un appel de la sentence formé par l'accusé seul alors que la poursuite n'a pas formé d'appel incident. Dans ces affaires, le débat porte sur le pouvoir judiciaire ou législatif d'agir et non sur la question de savoir si ce pouvoir, en supposant qu'il existe, a été mal exercé.

L'arrêt *Smith c. La Reine*, [1959] R.C.S. 638, est un autre genre d'affaire qui peut régulièrement se fonder sur l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême*; cette Cour y a accordé l'autorisation d'en appeler du rejet d'une demande de *certiorari* visant à annuler la déclaration de délinquance prononcée contre un enfant en vertu de la *Loi sur*

clear that s. 41(1) was an appropriate base for hearing the appeal which concerned a substantive matter. Leave could have been refused as a matter of discretion but jurisdiction to grant it was beyond question.

Since s. 41(1) of the *Supreme Court Act* is couched in very broad terms and it is, in effect, left to this Court to determine the ambit of its provisions, why should this Court set its face against entertaining applications for leave to appeal from sentencing considerations? The ordinary expectation would be that provisions to that end, if thought desirable, would be found in the *Criminal Code*. They are not, and I think that Fauteux J. demonstrated sufficiently in *Goldhar* why it would be improper to escape the limitations of what is now s. 618 of the *Criminal Code* by resorting to s. 41(1). The question, in so far as it is one of policy, is answered by the fact that this Court is a statutory court, with a circumscribed jurisdiction in criminal matters, and s. 41(1) should not be opened to matters outside of the *Criminal Code* unless they relate to such things as constitutionality or judicial power or authority.

*Lees v. The Queen* appears to be out of step with the authorities that I have canvassed to this point. I was a member of the Court which delivered a unanimous judgment in that case. The opening line of the judgment assesses the appeal as one attacking the legality of a sentence but the narrative of the case shows that it was not legality as I explained above, but rather an attack on a lawful sentence allegedly imposed by the trial judge by erroneously taking into account evidence of a potential but untried charge of an offence other than the robbery to which the accused pleaded guilty. Although in the result the appeal was dismissed, jurisdiction was nonetheless taken and, wrongly so, in the light of the cases that I have examined in these reasons.

*les jeunes délinquants*. Le pourvoi a été accueilli et il est manifeste que le par. 41(1) constituait un fondement approprié pour entendre le pourvoi qui portait sur une question de fond. L'autorisation d'appel aurait pu être refusée en vertu du pouvoir discrétionnaire de la Cour, mais le pouvoir de l'accorder n'avait pas été mis en cause.

Puisque le par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême* est rédigé en termes très généraux et qu'il appartient en réalité à cette Cour de déterminer l'étendue de ses dispositions, pourquoi cette Cour devrait-elle se refuser à entendre des demandes d'autorisation d'appel à l'encontre de questions relatives aux sentences? On s'attendrait normalement à trouver dans le *Code criminel* des dispositions à cette fin, si elles avaient été jugées souhaitables. On n'en trouve point et je crois que le juge Fauteux a suffisamment expliqué dans l'arrêt *Goldhar* pourquoi il serait inapproprié de contourner les restrictions de l'art. 618 actuel du *Code criminel* en invoquant le par. 41(1). La réponse à la question, dans la mesure où il s'agit d'une question de principe, tient à ce que cette Cour est une cour créée par la loi, dont la compétence en matière criminelle est limitée, et le par. 41(1) ne devrait pas s'appliquer à des points qui ne relèvent pas du *Code criminel* à moins qu'ils ne touchent certains aspects comme la constitutionnalité, la compétence ou le pouvoir judiciaire.

L'arrêt *Lees c. La Reine* paraît déroger à la jurisprudence que j'ai analysée jusqu'ici. J'ai siégé avec mes collègues dans cette cause où la Cour a rendu un arrêt unanime. La première phrase précise que le pourvoi attaque la légalité d'une sentence mais l'exposé de l'affaire démontre qu'il ne s'agit pas d'une contestation de la légalité comme je l'ai expliqué plus haut, mais plutôt d'une contestation d'une sentence légale que le juge du procès aurait imposée en tenant compte à tort d'un témoignage portant sur une accusation possible n'ayant fait l'objet d'aucun procès et sans rapport avec le vol qualifié dont l'accusé s'était reconnu coupable. Bien qu'en définitive le pourvoi ait été rejeté, la compétence a été néanmoins exercée, mais à tort, en fonction de la jurisprudence que je viens d'examiner dans les présents motifs.

I examined the material filed on the application for leave to appeal in the *Lees* case, an application upon which I sat along with Dickson and Estey JJ. Our jurisdiction to give leave, that is to entertain the proposed appeal, was not raised either in the application for leave or in the material or argument presented at the hearing of the appeal. I readily confess to a lapse in not raising the question from the Bench, either when leave was sought or when the appeal was heard. In my opinion, we were wrong to have accepted the case for hearing when we had no jurisdiction to do so.

The present case cannot, any more than the *Lees* case, be considered as one where the legality of a sentence is in issue. The trial judge, in imposing a term of imprisonment of four and one-half years, was within the sentence limits of the offence, and so was the Court of Appeal in reducing the sentence to two years. There is no question of legality here as there was in the *Hill* cases or of constitutionality as there was in the *Goodyear Tire* case. Rather, the question in the present case was whether the trial judge, in imposing sentence, must be governed by a standard of proof beyond a reasonable doubt on disputed facts and not merely by a standard of proof on a balance of probabilities. By thus judicializing the sentencing proceedings, do we bring a quantum case within the jurisdiction of this Court under s. 41(1) of the *Supreme Court Act*? If with respect to the standard of proof as here or with respect to the error alleged in the *Lees* case, why not with respect to other considerations which enter or may enter into the determination of a fit sentence? The possibilities are various, if not infinite, of charging the sentencing judge with errors as, for example, applying the wrong principles, failing to apply correct sentencing principles, taking irrelevant matters into consideration, failing to admit or exclude certain evidence offered at the sentencing hearing, and so on.

J'ai examiné la documentation produite lors de la demande d'autorisation de pourvoi dans l'affaire *Lees*, demande que j'ai entendue avec mes collègues les juges Dickson et Estey. Notre compétence d'accorder l'autorisation, c'est-à-dire d'entendre le pourvoi proposé, n'a été contestée ni lors de la demande d'autorisation d'appel, ni dans la documentation ou les plaidoiries présentées lors de l'audition du pourvoi. Je reconnais volontiers que nous avons eu tort de ne pas soulever la question d'office soit au moment de la demande d'autorisation, soit au cours de l'audition du pourvoi. A mon avis, nous avons eu tort d'accepter d'entendre l'affaire alors que nous n'avions pas compétence pour le faire.

On ne peut considérer que la présente affaire, pas plus que l'arrêt *Lees*, met en cause la légalité d'une sentence. En imposant une peine d'emprisonnement de quatre ans et demi, le juge du procès a respecté les limites de sentence spécifiées pour cette infraction tout comme la Cour d'appel l'a fait en réduisant la sentence à deux ans. Il n'est pas question de légalité en l'espèce comme dans les arrêts *Hill*, ni de constitutionnalité comme dans l'arrêt *Goodyear Tire*. La question que pose le présent pourvoi est plutôt celle de savoir si, en imposant la sentence, le juge du procès doit appliquer aux faits contestés la norme de preuve hors de tout doute raisonnable et non simplement la norme de la prépondérance des probabilités. En assujettissant ainsi les procédures relatives aux sentences à un processus judiciaire, fait-on relever une affaire relative à l'importance d'une sentence de la compétence de la Cour en vertu du par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême*? Si nous le faisons quant aux normes de preuve, comme c'est le cas en l'espèce, ou quant à l'erreur alléguée dans l'arrêt *Lees*, pourquoi ne le ferions nous pas quant à d'autres facteurs qui interviennent ou peuvent intervenir dans la détermination d'une sentence appropriée? Il y a de nombreuses sinon d'innombrables façons d'imputer des erreurs au juge qui fixe la sentence; on peut notamment lui reprocher d'avoir appliqué les mauvais principes, de ne pas avoir appliqué les bons principes en matière de sentence, d'avoir tenu compte de considérations non pertinentes, de ne pas avoir reçu ou exclu certains éléments de preuve soumis lors de l'audience relative à la sentence, et ainsi de suite.

All these matters are, of course, significant because they may affect the quantum of a sentence but they have no effect upon the trial judge's power to act. If there is to be a circumscription or enlargement of the range or character of the considerations that he may weigh or the standards that he may apply, it falls to the provincial appellate court to give the necessary directions as part of the sentencing process.

There is a wide discretion in a trial judge on sentence, a discretion made evident in the latitude he is given where only a maximum sentence is fixed for an offence or where only a minimum is fixed or a minimum and a maximum. If he imposes a sentence within the prescribed limits, the statutory check upon him lies in the Court of Appeal, provided leave is given. How can this mean that the Supreme Court may still monitor the considerations that should enter into the fixing of a permissible sentence or set standards for the exercise of discretion by a sentencing judge? I do not seek to rely on it here but reference may appropriately be made to s. 44 of the *Supreme Court Act* which, to put it generally, excludes any right of appeal from a discretionary order.

It seems to me that once the lid is lifted for the proper standard of proof of disputed facts, it must equally be open for the assessment by this Court of other considerations that may enter into a sentence. To say that this Court still retains control through its power to refuse leave is to yield the principle. This is hardly the way to deal with initial jurisdiction if it does not clearly exist.

I do not doubt the importance of the issue raised by this case on its merits. But important issues of criminal law, substantive criminal law, abound without it being contended that this Court can entertain them, as, for example, where a conviction or an acquittal or a new trial is challenged because of an alleged error of mixed fact and law or an error of fact alone. Unless there is a question of law alone (or of jurisdiction) in the courts below, this Court has no jurisdiction to entertain such

Toutes ces questions sont évidemment importantes en ce qu'elles peuvent modifier l'importance d'une sentence, mais elles n'influent aucunement sur le pouvoir d'agir que possède le juge du procès. S'il faut restreindre ou élargir le champ ou la nature des considérations qu'il peut soupeser ou les normes qu'il peut appliquer, il appartient à la cour d'appel provinciale de fournir les directives nécessaires dans le cadre du processus de sentence.

Le juge du procès jouit, en matière de sentence, d'un pouvoir discrétionnaire très large qui se traduit par la latitude qui lui est conférée lorsque la loi ne fixe que la sentence maximale ou minimale, ou à la fois les sentences minimale et maximale. S'il prononce une sentence conforme aux limites prescrites, le contrôle prévu par la loi appartient à la Cour d'appel pourvu que l'autorisation d'appel soit accordée. En quoi cela peut-il signifier que la Cour suprême peut encore contrôler les facteurs qui doivent intervenir dans la détermination d'une sentence acceptable ou fixer des normes applicables à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge qui prononce la sentence? Même si je ne cherche pas à le faire ici, on pourrait fort bien invoquer l'art. 44 de la *Loi sur la Cour suprême*, qui, de façon générale, exclut tout droit d'appel d'une ordonnance discrétionnaire.

J'estime que si l'on relâche la norme de preuve applicable aux faits contestés, il faut aussi permettre à cette Cour de tenir compte d'autres facteurs qui peuvent intervenir dans la détermination d'une sentence. Affirmer que cette Cour garde quand même le contrôle grâce au pouvoir de refuser l'autorisation d'appel, ce serait céder sur le principe. Ce n'est guère la manière d'aborder la question de compétence initiale s'il n'est pas clair qu'elle existe.

Je ne doute pas de l'importance du point que soulève le présent pourvoi quant au fond. Mais d'importantes questions de droit criminel, des questions de fond en droit criminel, se posent sans qu'on prétende que cette Cour peut les entendre, par exemple, lorsqu'une déclaration de culpabilité, un acquittement ou une ordonnance de nouveau procès fait l'objet d'une contestation en vertu d'une allégation d'erreur mixte de droit et de fait ou d'erreur de fait seulement. A moins que seule une

criminal appeals; they stop in the provincial appellate courts. For the reasons I have given, it cannot be said that what cannot be brought within s. 618 can be redressed by invoking s. 41(1).

I turn now to consider, for their analogical value, cases in this Court dealing with dangerous offenders (habitual criminals) and sentences of preventive detention, now referred to as sentences of detention for an indeterminate period. *Criminal Code*, ss. 687 to 695.1, as Part XXI, govern the present dangerous offender provisions which, as enacted by 1976-77 (Can.), c. 53, s. 14, came into force on October 16, 1977. Under s. 694 there is an appeal to the provincial Court of Appeal from a sentence of indeterminate detention on any ground of law or fact or mixed law and fact. The Attorney General is given a right of appeal to the Court of Appeal against the dismissal of an application for an order for a sentence of indeterminate detention but only on a question of law. There is no provision in Part XXI which confers any right of appeal to the Supreme Court. In my opinion, although this Court may be entitled to entertain an appeal from a finding that an offender is a dangerous offender where a question of law is raised, I do not think that there is any jurisdiction in this Court to review a sentence of indeterminate detention.

There have been no cases brought here under the present Part XXI, but there was a course of decision on predecessor provisions. Preventive detention for persons found to be habitual criminals was introduced into the *Criminal Code* by 1947 (Can.), c. 55, adding thereto ss. 575A to 575H. Under these provisions, an allegation that an accused was an habitual criminal was to be added to the indictment after the charge of the substantive offence. More important, under s. 575E it was provided that a person convicted and sentenced to preventive detention may appeal

question de droit (ou de compétence) ne se pose dans les cours d'instance inférieure, cette Cour n'a pas compétence pour entendre ces appels en matière criminelle; ils se terminent en cour d'appel provinciale. Pour les motifs que j'ai exposés, on ne peut dire qu'il est possible de remédier à ce qui n'est pas visé par l'art. 618 en invoquant le par. 41(1).

J'aborderai maintenant, à cause de l'analogie qu'ils présentent, des arrêts de cette Cour portant sur des délinquants dangereux (repris de justice) et des sentences de détention préventive, maintenant appelées sentences pour une période indéterminée. Les articles 687 à 695.1, qui forment la partie XXI du *Code criminel*, contiennent les dispositions actuellement applicables aux délinquants dangereux; ils ont été adoptés à 1976-77 (Can.), chap. 53, art. 14 et ils sont entrés en vigueur le 16 octobre 1977. En vertu de l'art. 694, on peut interjeter appel à la cour d'appel provinciale d'une sentence de détention pour une période indéterminée sur toute question de droit ou de fait ou toute question mixte de droit et de fait. Le procureur général peut interjeter appel à la cour d'appel du rejet d'une demande d'ordonnance visant une sentence de détention pour une période indéterminée, mais sur une question de droit seulement. Aucune disposition de la partie XXI n'accorde un droit d'appel à la Cour suprême. Même si, à mon avis, cette Cour peut entendre un appel d'une déclaration portant qu'un accusé est un délinquant dangereux lorsqu'une question de droit est soulevée, je crois que cette Cour n'a pas le pouvoir de réviser une sentence de détention pour une période indéterminée.

Aucune cause n'a été portée devant cette Cour en vertu de la partie XXI actuelle, mais il y a eu une série d'arrêts sur les dispositions qui l'ont précédée. Les dispositions relatives à la détention préventive des accusés reconnus repris de justice ont été ajoutées au *Code criminel*, à 1947 (Can.), chap. 55, aux art. 575A à 575H. En vertu de ces dispositions, l'allégation portant que l'accusé était un repris de justice devait être ajoutée à l'acte d'accusation après l'inculpation de l'infraction elle-même. Ce qui est plus important, l'art. 575E prévoyait qu'une personne déclarée coupable et con-

against his conviction and sentence, and "the provisions of this Act relating to an appeal from a conviction for an indictable offence shall be applicable thereto". In thus combining the finding of habitual criminality and the sentence of preventive detention in a composite right of appeal to be treated as an appeal from a conviction of an indictable offence, the *Criminal Code* gave the Supreme Court power to entertain such an appeal where a question of law was involved: see *R. v. Robinson*, [1951] S.C.R. 522. However, in *Brusch v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 373 it was held that the allegation of being an habitual criminal was not a charge of a criminal offence for the purpose of entitling the accused to elect as to his mode of trial but because the sentence of preventive detention attached to the finding that the accused was an habitual criminal, the case could come here by reason of a dissent on a question of law in the provincial Court of Appeal.

damnée à la détention préventive pouvait en appeler de cette déclaration de culpabilité et de la sentence et que «les dispositions de la présente loi visant un appel d'une condamnation pour un acte criminel y sont applicables». En réunissant ainsi la déclaration portant que l'accusé est un repris de justice et la sentence de détention préventive sous un droit mixte d'appel à considérer comme un appel d'une déclaration de culpabilité d'un acte criminel, le *Code criminel* conférait à la Cour suprême le pouvoir d'entendre un tel appel lorsqu'il portait sur une question de droit: voir *R. c. Robinson*, [1951] R.C.S. 522. Toutefois, dans l'arrêt *Brusch c. La Reine*, [1953] 1 R.C.S. 373, la Cour a statué que l'allégation portant que l'accusé était un repris de justice ne constituait pas une inculpation d'acte criminel qui permettait à l'accusé de choisir son mode de procès, mais parce que la sentence de détention préventive était liée à la déclaration que l'accusé était un repris de justice, la Cour pouvait être saisie de l'affaire en raison d'une dissidence sur une question de droit en cour d'appel provinciale.

The 1947 preventive detention provisions were replaced by 1953-54 (Can.), c. 51 and recast as Part XXI of the *Criminal Code*. A new procedure was instituted under s. 660 to provide for an application for the imposition of a sentence of preventive detention, in addition to the sentence for the substantive offence, if the accused was found to be an habitual criminal and the Court was thereby of opinion that it was expedient for the protection of the public so to sentence him. Section 667 provided for an appeal to the Court of Appeal against a sentence of preventive detention and a right of appeal was given to the Attorney General against dismissal of an application. There was no longer any such provision as appeared in the former s. 575E.

Les dispositions de 1947 relatives à la détention préventive ont été remplacées par 1953-54 (Can.), chap. 51 et refondues pour devenir la partie XXI du *Code criminel*. L'article 660 instaurait une nouvelle procédure selon laquelle on pouvait demander l'imposition d'une sentence de détention préventive, en plus de la sentence infligée pour l'infraction elle-même, si l'accusé était reconnu repris de justice et si la cour était d'avis qu'il était opportun, pour la protection du public, de lui imposer une telle sentence. L'article 667 prévoyait un appel à la cour d'appel de la sentence de détention préventive et le procureur général pouvait en appeler du rejet d'une demande. Il n'y avait plus de disposition semblable à l'ancien art. 575E.

*Parkes v. The Queen*, [1956] S.C.R. 134, came to this Court under the new procedure. It is a case that presents some difficulty because my former brother Pigeon in the *Hill* cases viewed it as asserting jurisdiction in this Court under s. 41(1) to entertain a conjoint appeal against a finding of habitual criminality and a consequent sentence of preventive detention, and as giving jurisdiction to

L'affaire *Parkes c. La Reine*, [1956] R.C.S. 134, a été soumise à cette Cour en vertu de la nouvelle procédure. Cet arrêt soulève certaines difficultés parce que mon ex-collègue le juge Pigeon a considéré, dans les arrêts *Hill*, que l'arrêt *Parkes* affirme que cette Cour est compétente en vertu du par. 41(1) pour entendre un appel à la fois de la déclaration que l'accusé est un repris de

quash the sentence of preventive detention alone. On the other hand, my brother Ritchie in *Poole v. The Queen*, [1968] S.C.R. 381 (true, in a dissenting judgment, speaking for himself and three other members of the Court) considered that the *Parkes* case did not support authority in this Court to entertain an appeal from the sentence of preventive detention in insolation from an appeal on the finding of the status of being an habitual criminal. Ritchie J. pointed out in *Poole* that there was a change made by 1960-61 (Can.), c. 43, s. 33(2) in *Criminal Code*, s. 660 as it stood when the *Parkes* case was decided. The change in the words of the amended provision was that the sentence of preventive detention could be in lieu of the sentence for the substantive offence or in addition thereto. Ritchie J. in *Poole* did not question this Court's jurisdiction to invoke s. 41(1) in appeals from findings as to status and he added these words (at p. 404):

> I have read the habitual criminal cases which have come to this Court since the *Parkes* case and it appears to me that until the case of *The Queen v. MacDonald*, ... there was no case of an appeal against sentence when the question of the finding as to status was not in issue. In each case the appeal was treated as an appeal from the "habitual criminal" finding and was decided on that basis.

However, the majority view in the *Poole* case was that this Court did have jurisdiction under s. 41(1), particularly because the matter did not come within s. 41(3), to deal with the sentence of preventive detention alone. The majority in *Poole* did not discuss the *Parkes* case in detail, saying only in the words of Cartwright C.J.C. (speaking for himself and for Judson and Hall JJ.) that the jurisprudence of the Court on the question of its jurisdiction to give leave and to hear an appeal from a sentence of preventive detention was settled and applied consistently since the decisions in *Brusch* and *Parkes*.

justice et de la sentence de détention préventive qui en découle, et que cet arrêt lui reconnaît compétence pour annuler la sentence de détention préventive seulement. D'autre part, mon collègue le juge Ritchie, dans l'arrêt *Poole c. La Reine*, [1968] R.C.S. 381, (bien que se soit dans des motifs de dissidence auxquels trois autres juges de la Cour ont souscrit) a considéré que l'arrêt *Parkes* n'appuie pas la compétence de cette Cour pour entendre un appel d'une sentence de détention préventive séparément d'un appel de la déclaration que l'accusé est un repris de justice. Le juge Ritchie souligne, dans l'arrêt *Poole*, qu'à 1960-61 (Can.), chap. 43, par. 33(2), l'art. 660 du *Code criminel* a été modifié par rapport à ce qu'il était au moment où l'arrêt *Parkes* a été rendu. Le changement dans le texte de la nouvelle disposition porte que la sentence de détention préventive peut soit s'ajouter à la sentence prononcée pour l'infraction elle-même, soit la remplacer. Dans l'arrêt *Poole*, le juge Ritchie n'a pas mis en doute le pouvoir de cette Cour d'invoquer le par. 41(1) dans un appel contre une déclaration que l'accusé est un repris de justice. Il affirme ceci (à la p. 404):

> [TRADUCTION] J'ai lu les affaires sur les repris de justice soumises à cette Cour depuis l'arrêt *Parkes* et il me semble que jusqu'à l'arrêt *La Reine c. MacDonald* ... il n'y a eu aucun cas d'appel de sentence lorsque la question de déclaration que l'accusé est un repris de justice n'était pas en cause. Dans chaque affaire, l'appel a été considéré comme un appel de la déclaration que l'accusé est un repris de justice et a été décidé sur cette base.

Toutefois, dans l'arrêt *Poole*, la Cour à la majorité, a exprimé l'avis qu'elle avait compétence en vertu du par. 41(1) pour entendre un appel de la sentence de détention préventive seulement, surtout parce que la question n'est pas visée par le par. 41(3). La Cour à la majorité n'a pas examiné en détail l'arrêt *Parkes* et s'est contentée d'affirmer, pour reprendre les termes du juge en chef Cartwright (qui s'est exprimé en son propre nom et en celui des juges Judson et Hall), que la jurisprudence de la Cour quant à sa compétence pour autoriser et entendre un appel d'une sentence de détention préventive était constante depuis les arrêts *Brusch* et *Parkes*.

*Parkes v. The Queen* is reported on the merits in [1956] S.C.R. 768. None of the five judges of this Court who sat on the case made any mention of jurisdiction, that question having been dealt with on the application for leave, reported in [1956] S.C.R. 134. On the merits, the sentence of preventive detention was set aside by reason of a procedural error in violation of the statutory prescriptions governing the hearing of an application for such detention. Nor was there anything in the hearing on the merits to indicate that the Court was concerned conjointly with the finding that the accused was an habitual criminal and with the sentence of preventive detention. It was perhaps unnecessary to deal with that finding because it fell away once the sentence of preventive detention was set aside. Yet it is important to notice that leave to appeal in *Parkes* was given under s. 41(1) of the *Supreme Court Act* (in the words of this Court on the application for leave) "from the affirmation by the Court of Appeal of the decision of His Honour Judge Grosch that the applicant is an habitual criminal". Yet, as I indicated, there is not a word on the hearing of the appeal about the finding of habitual criminality.

In assessing whether there was jurisdiction in *Poole*, consideration had, however, to be given to *R. v. MacDonald*, [1965] S.C.R. 831 in which the Court majority, including Cartwright J., as he then was, took an adverse view to jurisdiction.

In *R. v. MacDonald*, the Court was unanimous in the view that the *Criminal Code* did not support jurisdiction to entertain an appeal from a sentence of preventive detention. In that case there was a finding that the accused was an habitual criminal and a sentence of preventive detention was imposed upon him in lieu of a sentence for the substantive offence. Although leave to appeal this sentence was granted, the appeal was quashed, Taschereau C.J.C. and Martland J. dissenting. The majority of the Court noted that the finding as to status was not in issue but that it was the conviction of an indictable offence that gave rise to the sentence of preventive detention. Accordingly,

Le jugement sur le fond de l'affaire *Parkes c. La Reine* est publié à [1956] R.C.S. 768. Aucun des cinq juges de cette Cour qui ont entendu l'affaire n'a mentionné la question de compétence, celle-ci ayant été examinée au moment de la demande d'autorisation d'appel publiée à [1956] R.C.S. 134. Le jugement sur le fond annule la sentence de détention préventive à cause d'une erreur de procédure commise en violation des dispositions législatives applicables à l'audition de la demande de détention. Il n'y a rien non plus dans l'audition portant sur le fond qui indique que la Cour se soit penchée à la fois sur la déclaration que l'accusé est un repris de justice et sur la sentence de détention préventive. Il était peut-être inutile d'examiner cette déclaration puisqu'elle devenait caduque dès l'annulation de la sentence de détention préventive. Il est cependant important de noter que l'autorisation d'appel dans l'affaire *Parkes* a été accordée en vertu du par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême* (selon le libellé du jugement de cette Cour sur la demande d'autorisation d'appel) [TRADUCTION] «à l'encontre de la confirmation par la Cour d'appel du jugement de M. le juge Grosch, selon lequel le requérant est un repris de justice». Malgré tout, comme je l'ai déjà souligné, aucune mention n'est faite à l'audition de l'appel de la déclaration que le requérant est un repris de justice.

Pour évaluer si la Cour avait compétence dans l'affaire *Poole*, on avait dû étudier l'arrêt *R. c. MacDonald*, [1965] R.C.S. 831, où la Cour à la majorité, dont le juge Cartwright, alors juge puîné, avait déclaré qu'elle n'avait pas compétence.

Dans l'arrêt *R. c. MacDonald*, la Cour a exprimé l'avis unanime que le *Code criminel* ne lui donnait pas compétence pour entendre un appel d'une sentence de détention préventive. Dans cette affaire, il y avait eu déclaration que l'accusé était un repris de justice et imposition d'une sentence de détention préventive au lieu d'une sentence pour l'infraction elle-même. Même si la Cour avait accordé l'autorisation d'en appeler de cette sentence, l'appel a été annulé, le juge en chef Taschereau et le juge Martland étant dissidents. La Cour à la majorité a souligné que ce n'était pas la déclaration que l'accusé était un repris de justice qui était contestée, mais la déclaration de culpabi-

the *Goldhar* case governed to preclude an appeal by the Crown from an order of the provincial Court of Appeal which had set aside the order of preventive detention. It would be, said the majority, incongruous if an appeal as to sentence were allowed under s. 41(1) of the *Supreme Court Act*. The two dissenting judges said that the *Goldhar* case was inapplicable because the punishment by way of a sentence of preventive detention was not imposed for an indictable offence, but because the accused had the status of an habitual criminal and it was expedient for the protection of the public to sentence him. The dissenting judges rejected the contention that because the Crown was limited to questions of law in appeals to a Court of Appeal, it could not invoke s. 41(1) here and seek leave thereunder, it being understood that it would be limited to questions of law. Moreover, it was their view that since the accused could appeal, there was no valid reason for precluding the Crown.

Cartwright J., as he then was, in an opinion concurring with the majority, distinguished an appeal by the accused from a sentence of preventive detention (which he said has been recognized by this Court, as in the *Parkes* case) and an appeal by the Crown from the dismissal of an application for such a sentence or the setting aside of such a sentence. In this, he relied on the majority opinion of Ritchie J. He also noted that the question of a right of appeal to this Court was not discussed in the *Brusch* case, and that although the *Robinson* case was correctly decided under the legislation then in force, the subsequent changes in wording made the *Robinson* case no longer applicable to support a Crown appeal.

The majority decision in the *MacDonald* case rests on the following observation of Ritchie J. (at p. 851 of [1965] S.C.R.):

> As has been pointed out, the *Criminal Code* makes express provision under s. 667 for appealing to the court

lité d'un acte criminel qui a donné lieu à la sentence de détention préventive. En conséquence, l'arrêt *Goldhar* avait pour effet d'empêcher la poursuite de se pourvoir contre l'ordonnance de la cour d'appel provinciale qui avait infirmé l'ordonnance de détention préventive. Il aurait été absurde, d'après la Cour à la majorité, d'entendre un appel d'une sentence en vertu du par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. Les deux juges dissidents ont affirmé que l'arrêt *Goldhar* ne s'appliquait pas parce que la peine imposée sous forme de sentence de détention préventive n'était pas imposée pour un acte criminel, mais parce que l'accusé était un repris de justice et que la protection du public exigeait qu'on lui impose cette sentence. Les juges dissidents ont rejeté l'argument portant que puisque la poursuite ne pouvait se pourvoir devant la cour d'appel que sur des questions de droit, elle ne pouvait en l'espèce invoquer le par. 41(1) pour demander l'autorisation d'appel étant entendu qu'il se limiterait à des questions de droit. De plus, ils ont estimé que, puisque l'accusé avait un droit d'appel, il n'y avait aucune raison valable de nier celui de la poursuite.

Le juge Cartwright, alors juge puîné, dans des motifs dans le même sens que ceux de la majorité, fait la distinction entre un appel formé par l'accusé à l'encontre d'une sentence de détention préventive (que, d'après lui, cette Cour a reconnu possible dans l'arrêt *Parkes*) et un appel formé par la poursuite à l'encontre du rejet d'une demande visant une telle sentence ou de l'annulation d'une telle sentence. Sur ce point, il s'appuie sur les motifs de la majorité rédigés par le juge Ritchie. Il souligne également que la question du droit d'appel à cette Cour n'a pas été débattue dans l'affaire *Brusch* et que même si l'arrêt *Robinson* était bien fondé d'après les dispositions législatives alors en vigueur, les changements de formulation subséquents ont pour effet que l'arrêt *Robinson* ne peut plus être invoqué pour étayer un appel de la poursuite.

L'arrêt majoritaire dans l'affaire *MacDonald* se fonde sur l'observation suivante du juge Ritchie (à la p. 851 de [1965] R.C.S.):

> [TRADUCTION] Comme nous l'avons déjà souligné, l'art. 667 du *Code criminel* prévoit expressément qu'un

of appeal of a province from the disposition made by a trial judge of an application for preventive detention and by s. 667(2) the Attorney General is limited to "any ground of law" in appealing from the dismissal of such an application. If counsel for the appellant were right in his contention that an appeal can be had to this Court under s. 41(1), at the instance of the Crown, from an order of the court of appeal setting aside a sentence of preventive detention, it would mean that although the Crown is restricted to "any ground of law" when appealing to the Court of Appeal of a province against the dismissal of an application for preventive detention by a trial judge, it can obtain access to this Court on unrestricted grounds when appealing from a judgment of the Court of Appeal which has the same effect. I cannot think that Parliament intended such an anomaly to result from the provisions of s. 667(2) of the *Criminal Code* and s. 41(1) of the *Supreme Court Act*.

The limitation to "any ground of law" of the right of the Attorney General to appeal to the Court of Appeal was first enacted by Chapter 43 of the *Statutes of Canada*, 1960-61, and s. 667(2) in its present form has not been previously considered by this Court.

I do not find the cases in this Court on sentence of preventive detention and on sentence of indeterminate detention of any assistance in coming to a conclusion on the issue of jurisdiction under consideration. Those cases would appear to have an acceptable rationale where they invoke s. 41(1) in connection with a finding of habitual criminality and a consequent sentence of preventive or indeterminate detention. This follows from the consistent view of this Court that a finding that a person is an habitual criminal is a finding of a status and is not to be considered as a finding of guilt of an indictable offence. Certainly, if the consequent sentence flows from the finding of the status of being an habitual criminal and is dependent on that finding, the two matters can be considered as intertwined for the purposes of an appeal to this Court by leave under s. 41. This was the view of Spence J. and of Pigeon J. in their separate reasons in *Poole*. If they are to be considered separately, I question whether, at least under the present provisions governing imposition of sentences of indeterminate detention there can be any

appel peut être interjeté à la cour d'appel d'une province contre la décision du juge de première instance portant sur une demande de détention préventive et le par. 667(2) limite l'appel formé par le procureur général contre le rejet d'une telle demande à une «question de droit» seulement. Si l'avocat de l'appelant avait raison de soutenir qu'en vertu du par. 41(1), cette Cour peut connaître d'un appel, à la demande de la poursuite, d'une ordonnance de la cour d'appel qui annule une sentence de détention préventive, il s'ensuivrait que, même si la poursuite est limitée à une «question de droit» en interjetant appel à la cour d'appel d'une province contre le rejet d'une demande de détention préventive par le juge de première instance, elle pourrait se présenter devant cette Cour en invoquant n'importe quel moyen quand elle se pourvoit contre un arrêt de la cour d'appel qui confirme ce rejet. Je ne puis croire que le législateur ait voulu que les dispositions du par. 667(2) du *Code criminel* et celles du par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême* donnent lieu à une telle anomalie.

La restriction à une «question de droit» apportée au droit du procureur général d'interjeter appel à la cour d'appel a été adoptée pour la première fois au chap. 43 des *Statuts du Canada* 1960-61, et cette Cour n'a pas encore eu à examiner le par. 667(2) dans sa formulation actuelle.

J'estime que les arrêts de cette Cour relatifs aux sentences de détention préventive et aux sentences de détention pour une période indéterminée ne nous aident pas à résoudre la question de compétence à l'étude. Ces arrêts me paraissent avoir une justification acceptable lorsqu'ils se fondent sur le par. 41(1) relativement à une déclaration que l'accusé est un repris de justice et à la sentence de détention préventive ou de détention pour une période indéterminée qui en découle. Cela tient à l'opinion constante de cette Cour selon laquelle la déclaration qu'un accusé est un repris de justice est une déclaration de statut et elle ne doit pas être assimilée à une déclaration de culpabilité d'un acte criminel. Il ne fait pas de doute que si la sentence qui s'ensuit découle de la déclaration qu'un accusé est un repris de justice et dépend de cette déclaration, on peut considérer les deux questions comme liées aux fins d'un appel à cette Cour par voie d'autorisation accordée en vertu de l'art. 41. C'est l'avis que les juges Spence et Pigeon ont exprimé respectivement dans l'arrêt *Poole*. Pour ce qui est de les étudier séparément, je doute que cette Cour

jurisdiction in this Court to entertain an appeal from the sentence alone.

However, as I have already said, the cases on habitual criminality and sentences of preventive or indeterminate detention do not assist on the question in issue here. They rather persuade me, by their special character, as having no relevance for jurisdiction in sentence proceedings following a conviction of an indictable offence or a summary conviction offence.

There is an understandable concern with variations in approach by provincial courts, both trial courts and appellate courts, if this Court should decline jurisdiction. There are, however, already well known variations in sentencing according to the offence and in relation to the same offence and in relation to the particular offender. There is a large subjective (it may be called discretionary) element in sentencing which may properly be influenced by regional or even local considerations. It is worth adding here that s. 614 of the *Criminal Code*, respecting the powers of the Court of Appeal on a sentence appeal, provides that the Court shall consider the fitness of the sentence appealed against and may, upon such evidence, if any, as it thinks fit to receive, vary the sentence or dismiss the appeal. If Parliament has thought fit to leave the quantum of a sentence to be finally determined at the Court of Appeal level, it should similarly be considered that this carries with it the final determination of the considerations which enter into the measure of a sentence.

This Court would enter into a trackless waste if it sought to separate quantum pure and simple from quantum according to a list of permissible and impermissible considerations that should govern quantum. Calling those considerations questions of law does not, in my opinion, take them outside of the sentencing process which results in a particular level of punishment.

ait compétence pour entendre un appel de la sentence seulement, du moins en vertu des dispositions qui régissent actuellement l'imposition d'une sentence de détention pour une période indéterminée.

Toutefois, comme je l'ai déjà dit, les arrêts sur les repris de justice et sur les sentences de détention préventive ou de détention pour une période indéterminée ne nous aident pas à résoudre la question en l'espèce. Ces arrêts me convainquent plutôt, en raison de leur particularité, qu'ils n'ont rien à voir avec la question de compétence dans les procédures relatives aux sentences qui suivent une déclaration de culpabilité d'un acte criminel ou une déclaration sommaire de culpabilité.

Je comprends qu'on s'inquiète des disparités possibles dans la façon de procéder des cours provinciales, tant en première instance qu'en appel, si cette Cour devait statuer qu'elle n'a pas compétence. Toutefois il y a déjà des disparités bien connues dans la détermination des sentences selon l'infraction, soit quant à une même infraction, soit quant à un accusé en particulier. Il y a une large part de subjectivité (on pourrait même dire de discrétion) dans la détermination des sentences, laquelle peut bien dépendre de facteurs régionaux ou mêmes locaux. Il y a lieu d'ajouter ici que l'art. 614 du *Code criminel*, qui porte sur les pouvoirs de la cour d'appel concernant un appel d'une sentence, prévoit que la cour doit considérer la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile de recevoir, modifier la sentence ou rejeter l'appel. Si le législateur a jugé bon de laisser aux cours d'appel le soin de déterminer de façon définitive l'importance d'une sentence, de même il faut en conclure que cela comporte aussi la détermination définitive des facteurs qui influent sur la sévérité d'une sentence.

Cette Cour s'aventurerait dans un labyrinthe si elle tentait de distinguer l'importance pure et simple d'une sentence de son importance selon une liste de facteurs recevables et de facteurs irrecevables. Le fait de qualifier ces facteurs de questions de droit ne les exclut pas, à mon avis, du processus de sentence qui aboutit à une peine déterminée.

For the foregoing reasons, it is my view that this Court should not accept jurisdiction under s. 41(1) to deal with the question submitted here. I would, accordingly, quash the appeal.

The judgment of Martland, Ritchie, Dickson and Chouinard JJ. was delivered by

DICKSON J.—In the second edition of his text *Principles of Sentencing* (1979), Professor D. A. Thomas speaks of an "evolving body of principle designed to ensure that the version of the facts adopted for the purpose of sentence is supported by evidence and reached according to appropriate procedural standards" (at pp. 366-67). One of those evolving principles, lying at the heart of this appeal, concerns the standard of proof to be applied for establishing aggravating facts which, while not affecting guilt or innocence, do have a critical effect on the length of sentence.

Two issues are raised. The first preliminary question: does the Supreme Court of Canada have jurisdiction to entertain appeals arising out of sentencing proceedings for indictable offences? The second issue, only reached if the first question is answered affirmatively, is this: where, on a sentencing hearing following conviction, the Crown seeks to prove aggravating facts relating to the offence committed and those facts are controverted, is the burden on the Crown the traditional criminal onus of proof of beyond a reasonable doubt or the lesser onus of proof upon a balance of probabilities?

I

How the case arose

The respondent, Obed Ebenezer Gardiner, pleaded guilty on December 13, 1978 to assault causing bodily harm. The victim was his wife. At the sentencing hearing the victim testified on behalf of the Crown with respect to the details of the assault. According to her version of the attack,

Pour ces motifs, je suis d'avis que cette Cour ne devrait pas se déclarer compétente en vertu du par. 41(1) pour entendre la question soumise en l'espèce. En conséquence, je suis d'avis d'annuler le pourvoi.

Version française du jugement des juges Martland, Ritchie, Dickson et Chouinard rendu par

LE JUGE DICKSON—Dans la deuxième édition de son ouvrage intitulé *Principles of Sentencing* (1979), le professeur D.A. Thomas parle de [TRADUCTION] «l'émergence d'un ensemble de principes destinés à assurer que la version des faits acceptée aux fins de la sentence est étayée par la preuve et déterminée selon des critères de procédure appropriés» (aux pp. 366 et 367). L'un de ces principes en évolution, qui se trouve au coeur même du présent pourvoi, porte sur la norme de preuve à utiliser pour établir les circonstances aggravantes qui, bien que n'influant pas sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, ont un effet décisif sur la durée de la sentence.

Deux questions se posent. Une question préliminaire d'abord: la Cour suprême a-t-elle compétence pour entendre des appels qui résultent de procédures relatives aux sentences pour des actes criminels. La seconde question, que nous n'aborderons que si nous répondons affirmativement à la première, est la suivante: si, lors de l'audition relative à la sentence qui suit la déclaration de culpabilité, la poursuite tente de faire la preuve de circonstances aggravantes relatives à l'infraction commise et que ces circonstances sont contestées, l'obligation imposée à la poursuite est-elle de faire la preuve hors de tout doute raisonnable, norme qui sert ordinairement en matière criminelle, ou selon la prépondérance des probabilités, une norme de preuve moins stricte?

I

Circonstances de l'affaire

L'intimé, Obed Ebenezer Gardiner a, le 13 décembre 1978, plaidé coupable à une accusation de voies de fait causant des lésions corporelles. La victime était sa femme. Lors de l'audition relative à la sentence, la victime a déposé, pour la poursuite, au sujet des circonstances des voies de faits.

the respondent brutally beat and strangled her, tore off her clothes, threatened her with sexual mutilation and forced her to commit an act of incest with her paralyzed son who suffered from cerebral palsy. In her housecoat, nightgown and bare feet she had walked to a service station in the early morning hours where the police and an ambulance were called. She spent four days in hospital. In the attack she suffered injuries to her face, a hairline fracture of the skull and extensive bruising.

The respondent's version of the attack was very different. His wife had been drinking heavily and had threatened to commit suicide. She had hit her head on the head board of the bed. The respondent admitted to having slapped his wife on the side of the face but claimed to have then blacked out until his arrest the next morning.

At trial Judge Graburn sentenced the respondent to four years and six months in penitentiary. The maximum penalty for assault causing bodily harm is five years imprisonment. In the judge's opinion this was "one of the worst cases of assault causing bodily harm to come before this Court". In assessing the conflicting testimony respecting the circumstances serving to aggravate the offence, the judge felt himself bound by the Ontario Court of Appeal decision in *R. v. Cieslak* (1977), 37 C.C.C. (2d) 7; the Crown need only prove such facts on a balance of probabilities following a guilty plea.

The judge preferred the evidence of the victim to that of the respondent. He went further to say that as the burden of proof was upon a balance of probabilities it was not necessary to call the victim's son to testify in order to satisfy the onus resting on the Crown.

The respondent appealed. In a short unanimous judgment the Ontario Court of Appeal held that the *obiter* in *R. v. Cieslak, supra*, to the effect that the onus on the Crown was merely that of a preponderance of credible evidence, was in error:

Selon sa version de l'assaut, l'intimé l'a battue de façon brutale et l'a étranglée, a déchiré ses vêtements, a menacé de lui mutiler les organes sexuels et l'a forcée à commettre un acte d'inceste avec son fils qui souffre de paralysie cérébrale. Aux petites heures du matin, pieds nus, vêtue d'une chemise de nuit et d'une robe de chambre, elle s'est rendue à une station-service où on a appelé une ambulance et la police. Elle a passé quatre jours à l'hôpital. Au cours de l'assaut, elle a subi des blessures au visage, une fêlure du crâne et de nombreuses contusions.

La version de l'assaut donnée par l'intimé est très différente. Sa femme avait beaucoup bu et elle avait menacé de se suicider. Elle s'est heurté le crâne contre la tête du lit. L'intimé admet l'avoir giflée, mais affirme ne plus se souvenir de rien jusqu'au moment de son arrestation le lendemain matin.

Au procès, le juge Graburn a condamné l'intimé à quatre ans et six mois d'emprisonnement. La peine maximale pour les voies de fait causant des lésions corporelles est de cinq ans d'emprisonnement. De l'avis du juge, il s'agissait [TRADUCTION] «d'un des pires cas de voies de fait causant des lésions corporelles dont cette Cour a été saisie». Dans l'appréciation des témoignages contradictoires au sujet des circonstances aggravantes de l'infraction, le juge a estimé qu'il était lié par l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Cieslak* (1977), 37 C.C.C. (2d) 7; après un aveu de culpabilité, la poursuite peut s'en tenir à la preuve des faits selon la prépondérance des probabilités.

Le juge a ajouté foi au témoignage de la victime plutôt qu'à celui de l'intimé. Il a affirmé de plus que, vu que la norme de preuve applicable était celle de la prépondérance des probabilités, il n'était pas nécessaire de faire témoigner le fils de la victime pour que la poursuite satisfasse à son obligation en matière de preuve.

L'intimé a interjeté appel. Dans des motifs unanimes et succincts, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que l'*obiter* dans *R. v. Cieslak*, précité, selon lequel l'obligation de la poursuite se réduisait à une prépondérance des éléments de preuve crédibles, est erroné.

... in the case of sentencing where a Judge is faced with conflicting evidence going to the gravity of the offence the onus on the Crown is to prove the aggravating facts beyond a reasonable doubt [*per* Jessup J.A.].

The Court remitted the matter to the trial judge to consider the evidence in the light of the proper onus and to report whether the aggravating factors referred to in the trial judge's Reasons for Sentence in fact obtained. The trial judge reported. He said that it would be unfair to the Court of Appeal, to the accused and to the administration of justice for him to endeavour to apply to the evidence the criminal standard of proof when he had directed his mind solely to the civil burden of proof when sentencing ten months earlier.

The Court of Appeal allowed the appeal and reduced the sentence of imprisonment to two years.

II

The jurisdictional point

The Crown moved before this Court for leave to appeal the decision of the Ontario Court of Appeal, and leave to appeal was granted. When the matter came on for argument, however, the Court raised the question as to the jurisdiction of this Court to entertain an appeal relating to sentencing. Counsel for the Crown and counsel for the appellant were both of opinion that the Court did indeed have the necessary jurisdiction. Following argument as to jurisdiction and as to the merits the Court reserved decision on both points.

The task of determining the limits of the Court's criminal appeals jurisdiction for indictable offences is arduous due in part to the difficulty in reconciling the statutory language of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, as amended and Part XVIII of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended, and in part due to earlier decisions of this Court, which cannot be said to be in harmony. The importance of the jurisdictional issue need not be stressed, as it is obvious that it radiates far beyond the bounds of the present appeal.

[TRADUCTION] ... aux fins de la sentence, lorsque le juge est en présence de témoignages contradictoires quant à la gravité de l'infraction, la poursuite doit prouver les faits aggravants hors de tout doute raisonnable [le juge Jessup].

La Cour d'appel a renvoyé l'affaire au juge du procès pour qu'il apprécie les témoignages en fonction de la norme de preuve appropriée et détermine si les circonstances aggravantes dont il avait fait état dans ses motifs de sentence avaient réellement un effet. Le juge du procès a fait rapport. Il a affirmé qu'il ne serait juste ni pour la Cour d'appel, ni pour l'accusé, ni pour l'administration de la justice qu'il essaie d'appliquer à la preuve la norme de preuve exigée en matière criminelle après avoir appliqué la norme de preuve exigée en matière civile au moment de prononcer la sentence dix mois plus tôt.

La Cour d'appel a accueilli l'appel et réduit la sentence à deux années d'emprisonnement.

II

La question de compétence

La poursuite a demandé à cette Cour l'autorisation d'en appeler de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et a reçu cette autorisation. Au moment de procéder à l'audition de cette affaire, cette Cour a soulevé la question de sa compétence pour entendre l'appel d'une sentence. Le substitut du procureur général et l'avocat de l'appelant ont tous deux exprimé l'avis que cette Cour possède la compétence nécessaire. Après les plaidoiries sur la question de compétence et sur le fond, la Cour a pris les deux points en délibéré.

La tâche de déterminer les limites de la compétence de cette Cour quant aux appels relatifs à des actes criminels est malaisée, en partie, à cause de la difficulté de concilier le texte de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19 et modifications et celui de la partie XVIII du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications et, en partie, à cause des arrêts antérieurs de cette Cour qu'on ne peut qualifier de concordants. Il est inutile d'insister sur l'importance de la question de compétence, puisqu'il est évident qu'elle déborde largement les limites du présent pourvoi.

The Supreme Court of Canada was created by federal statute in 1875 pursuant to s. 101 of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.). Section 101 reads:

**101.** 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.

*The Supreme and Exchequer Court Act* of 1875 (Can.), c. 11 "constituted, and established, a Court of Common Law and Equity, in and for the Dominion of Canada ... called 'The Supreme Court of Canada'" (s. 1). This newly created court was given "appellate civil and criminal jurisdiction within and throughout the Dominion of Canada" (s. 15). The model chosen for the Supreme Court of Canada, among several possible options open to the legislators, was that of a "national appellate court, functioning like an English appellate court, or like the House of Lords, with a general jurisdiction (be it as of right or by leave) not limited to any class or classes of cases" (Laskin C.J., "The Role and Functions of Final Appellate Courts: The Supreme Court of Canada" (1975), 53 Can. Bar Rev. 469, at p. 471).

An important factor in the choice of this model for the Supreme Court of Canada "was and is the fact that many important branches of law, such as the criminal law, the law of negotiable instruments, the law of bankruptcy, the law of shipping, railway law, the law of patents and copyright have a national operation because they fall within exclusive federal competence; and even though they may interact in some respects with some aspects of the common law their interpretation and application must necessarily be uniform, and perhaps all the more so because of the interaction" (Laskin C.J., *ibid.*, at p. 473).

La Cour suprême du Canada a été créée par une loi fédérale, en 1875, en application de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.). L'article 101 se lit comme ceci:

**101.** Nonobstant toute disposition du présent acte, le Parlement du Canada pourra, à l'occasion, pourvoir à la constitution, au maintien et à l'organisation d'une cour générale d'appel pour le Canada, ainsi qu'à l'établissement d'autres tribunaux pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada.

L'*Acte de la Cour Suprême et de l'Echiquier* de 1875 (Can.), chap. 11, a «constitué et établi, dans et pour la Puissance du Canada, une cour de droit commun et d'équité ... dénommée «La Cour Suprême du Canada»» (art. 1). Cette nouvelle cour a reçu une «juridiction d'appel, au civil et au criminel, dans et par tout le Canada» (art. 15). Le modèle retenu pour la Cour suprême du Canada, parmi toutes les possibilités offertes au législateur, a été celui d'une [TRADUCTION] «cour d'appel nationale, fonctionnant comme une cour d'appel anglaise, ou comme la Chambre des lords, dotée d'une compétence générale (que ce soit de plein droit ou par voie d'autorisation) non limitée à une seule ou des catégories de cas en particulier» (le juge en chef Laskin, «The Role and Functions of Final Appellate Courts: The Supreme Court of Canada» (1975), 53 R. du B. Can. 469, à la p. 471).

Un facteur important dans le choix de ce modèle pour la Cour suprême du Canada [TRADUCTION] «a été et est le fait que plusieurs domaines importants du droit, comme le droit criminel, le droit des lettres de change, le droit en matière de faillite, le droit relatif aux expéditions par eau, le droit relatif aux chemins de fer, le droit relatif aux brevets et aux droits d'auteur, ont une application nationale puisqu'ils relèvent de la compétence exclusive du Parlement fédéral; et même s'ils peuvent interagir, à certains égards, avec certains aspects de la *common law*, leur interprétation et leur application doivent nécessairement être uniformes d'autant plus peut-être à cause de l'existence cette interaction» (le juge en chef Laskin, *ibid.*, à la p. 473).

In addition to the general appellate jurisdiction conferred by s. 15 of the 1875 Act, s. 49 specifically limited criminal appeals:

> **49.** Any person convicted of treason, felony or misdemeanor ... before any other Superior Court of criminal jurisdiction, whose conviction has been affirmed by any Court of last resort ... may appeal to the Supreme Court against the affirmation of such conviction ... Provided that no such appeal shall be allowed where the Court affirming the conviction is unanimous ... [Emphasis added.]

The limitation on criminal appeals is indicative of the function envisaged by Parliament for the Supreme Court, that of the resolution of division of opinion as to questions of law, especially in criminal matters, and the positing of uniform rules applicable throughout Canada.

Nesbitt J. in *Lake Erie and Detroit River Railway Co. v. Marsh* (1904), 35 S.C.R. 197 espoused this view of the role of the Supreme Court (at p. 200):

> We think it was the intention of the framers of the Act creating this court that a tribunal should be established to speak with authority for the Dominion as a whole and, as far as possible, to establish a uniform jurisprudence, especially within matters falling within section 91 of the B.N.A. Act, where the legislation is for the Dominion as a whole, or, as I have said, where purely provincial legislation may be of general interest throughout the Dominion. [Emphasis added.]

Although a very broad jurisdiction was given by s. 15, and undoubtedly it was the intention of the framers of the Act that the Supreme Court speak with authority for the Dominion as a whole, several factors compounded the difficulties experienced by the Court in establishing its general and ultimate appellate jurisdiction.

The first difficulty was the fact that until the year 1933 in respect of criminal appeals and 1949 in respect of civil appeals, ultimate appellate jurisdiction lay with the Judicial Committee of the Privy Council and not with the Supreme Court of Canada. Not only was the Supreme Court of Canada an intermediate appellate Court and thus

Outre la compétence générale qui est conférée en matière d'appel, par l'art. 15 de la Loi de 1875, l'art. 49 de cette même loi limite expressément les appels en matière criminelle:

> **49.** Toute personne convaincue de trahison, félonie ou délit ... devant toute autre cour supérieure de juridiction criminelle, dont la conviction aura été confirmée par quelque cour de dernier ressort ... pourra interjeter appel à la Cour Suprême de la confirmation de cette conviction ... mais nul appel de cette nature ne sera interjeté lorsque la cour aura été unanime à confirmer la conviction ... [C'est moi qui souligne.]

La limitation des appels en matière criminelle reflète le rôle que le législateur a voulu assigner à la Cour suprême c.-à-d. le règlement de divergences d'opinions sur des questions de droit, spécialement en matière criminelle, et l'énonciation de règles uniformes applicables dans tout le Canada.

Le juge Nesbitt, dans l'arrêt *Lake Erie and Detroit River Railway Co. c. Marsh* (1904), 35 R.C.S. 197, adopte cette conception du rôle de la Cour suprême (à la p. 200):

> [TRADUCTION] Nous croyons que les rédacteurs de la Loi constitutive de cette Cour ont voulu créer un tribunal qui puisse se prononcer avec autorité pour l'ensemble du Dominion et, dans la mesure du possible, établir une jurisprudence uniforme, spécialement en ce qui concerne les sujets qui relèvent de l'article 91 de l'A.A.N.B., dans les cas où la législation s'applique à l'ensemble du Dominion ou, comme je l'ai déjà dit, lorsqu'une loi purement provinciale peut présenter un intérêt général pour tout le Dominion. [C'est moi qui souligne.]

Bien que la compétence conférée par l'art. 15 soit très générale et que ce fût sans doute l'intention des rédacteurs de la Loi de voir la Cour suprême se prononcer avec autorité pour l'ensemble du Dominion, plusieurs facteurs ont intensifié les difficultés que la Cour a connues dans la détermination de sa compétence générale et ultime en matière d'appel.

La première difficulté tient à ce que jusqu'en 1933 en matière criminelle et jusqu'en 1949 en matière civile, la compétence de dernier ressort en matière d'appel appartenait au Comité judiciaire du Conseil privé et non à la Cour suprême du Canada. Non seulement la Cour suprême du Canada était une cour d'appel intermédiaire qui,

not the final arbiter in either civil or criminal matters, but in certain circumstances appeal could be had directly to the Judicial Committee of the Privy Council.

The second important factor in the development of the appellate jurisdiction of the Supreme Court was the transition from the predominance of appeal as of right to appeal by leave. It is difficult to overestimate the significance of this transition. Originally all appeals were by right in both civil and criminal matters; appeal by right was of course subject to the fulfilment of the various conditions attaching to the exercise of the right. This was perfectly consonant with an intermediate appellate function. The legislature had attempted to predetermine the appropriate cases for appeal; no room was made for judicial discretion in controlling the Court's docket. "Thus, the most significant fact about the statutory basis of the Supreme Court of Canada's jurisdiction is that throughout the Court's history the appeal as of right has been the predominant mode of appeal" (Russell, "The Jurisdiction of the Supreme Court of Canada: Present Policies and a Programme for Reform" (1968), 6 Osgoode Hall L.J. 1, at p. 13). The possibility of appeal by special leave as an alternate means of access to the Court gradually made its appearance over a number of years in both civil and criminal matters but until the abolition of the *de plano* right to appeal in civil cases in 1975, the vast majority of appeals came by right.

Faced with a burgeoning caseload and inadequate discretionary means of controlling it, a tendency to read down the jurisdiction of the Court is discernible in the decisions.

In adjudicating claims to this [statutory right of appeal], the Supreme Court has found ample opportunity to introduce qualifications to the right which sometimes reflect the judges' own view of the Court's proper function. Even though all the statutory requirements for a *de plano* appeal may appear to have been met, nevertheless the Court has frequently quashed an appeal on the grounds, for instance, that the case turns on a

de ce fait, n'était pas l'arbitre ultime en matière civile ou criminelle, mais dans certaines circonstances on pouvait interjeter appel directement auprès du Comité judiciaire du Conseil privé.

Le deuxième facteur important dans l'évolution de la compétence de la Cour suprême en matière d'appel a été la transition de la prédominance des appels de plein droit à celle des appels avec autorisation. On ne saurait attacher trop d'importance à ce changement. Au début, tous les appels tant en matière civile qu'en matière criminelle étaient des appels de plein droit. L'appel de plein droit était, cela va de soi, assujetti à certaines conditions qui régissaient l'exercice de ce droit. Cela était parfaitement compatible avec le rôle d'une cour d'appel intermédiaire. Le législateur avait essayé de prédéterminer les causes susceptibles d'appel; il n'était pas possible de recourir au pouvoir discrétionnaire des juges pour contrôler le rôle de la Cour. [TRADUCTION] «Donc, le fait le plus important au sujet du fondement législatif de la compétence de la Cour suprême du Canada, est que, tout au long de l'histoire de la Cour, l'appel de plein droit a constitué le principal mode d'appel» (Russell, «The Jurisdiction of the Supreme Court of Canada: Present Policies and a Programme for Reform» (1968), 6 Osgoode Hall L.J. 1, à la p. 13). La possibilité de former appel par suite d'une autorisation spéciale comme moyen subsidiaire d'accès à la Cour s'est instaurée progressivement au fil des ans en matière civile et en matière criminelle, mais jusqu'à l'abolition de l'appel de plein droit en matière civile, en 1975, la plupart des appels entendus étaient des appels de plein droit.

Confrontée à un foisonnement d'appels et disposant de moyens discrétionnaires insuffisants pour contrôler le rôle, la Cour a eu tendance, ce qui est discernable dans ses arrêts, à atténuer sa compétence.

[TRADUCTION] En se prononçant sur des demandes [fondées sur ce droit d'appel accordé par la Loi], la Cour suprême a souvent eu l'occasion d'imposer des restrictions à ce droit, qui reflètent parfois la conception que les juges ont du rôle réel de la Cour. Il est arrivé fréquemment que, même si on semblait avoir rempli toutes les conditions requises par la loi pour un appel de plein droit, la Cour annule néanmoins l'appel pour le

question of provincial procedure [Russell, *supra*, at p. 12].

Two qualifying conditions attached to the appeal as of right in civil cases were that it be from a "final judgment ... of the highest court of final resort in a province" (R.S.C. 1927, c. 35, s. 36, as amended by 1949 (Can.), 2nd Sess., c. 37, s. 2). Both these conditions were very narrowly construed (see *United States of America v. Link and Green*, [1955] S.C.R. 183; *Ottawa Electric Co. v. Brennan* (1901), 31 S.C.R. 311; *Furlan v. City of Montreal*, [1947] S.C.R. 216). A further rule of construction was applied in cases of appeal as of right: if the Court's jurisdiction were doubtful it would not be assumed (*Chagnon v. Normand* (1889), 16 S.C.R. 661; *Cully v. Ferdais* (1900), 30 S.C.R. 330; *McKenzie v. Hiscock*, [1967] S.C.R. 781). As the appeal as of right predominated appeals to this Court these "rules" originated and were developed in the context of appeals as of right. They were measures which were probably justified as a means of controlling the Court's docket and reflected the strict constructionist inclinations of members of the Bench. The applicability of rules with a built-in bias against jurisdiction to issues of discretionary leave to appeal, however, seems unfounded. The discretionary element provides the screening mechanism formerly supplied by a narrow interpretation of jurisdiction.

Nevertheless, with the rising importance of special leave to appeal, especially after the major revision of the *Supreme Court Act* in 1949 (1949 (Can.), 2nd Sess., c. 37), it was inevitable that this narrow interpretation of jurisdiction would spill over, unjustifiably in my view, into the area of discretionary leave.

The problem of construction was exacerbated by the complexity of the statutory provisions relating to appeals, especially criminal appeals. The amending process was both erratic and piece-meal. Between 1892 and 1906, for example, essentially similar provisions for criminal appeals existed in

motif, par exemple, que l'affaire dépendait d'une question de procédure provinciale [Russell, précité, à la p. 12].

L'appel de plein droit en matière civile était assorti de deux conditions: il devait s'agir d'un appel contre un «jugement définitif ... de la plus haute cour de dernier ressort dans une province» (S.R.C. 1927, chap. 35, art. 36, modifié par 1949 (Can.), 2e Sess., chap. 37, art. 2). Ces deux conditions ont été interprétées de façon très stricte (voir *United States of America c. Link and Green*, [1955] R.C.S. 183; *Ottawa Electric Co. c. Brennan* (1901), 31 R.C.S. 311; *Furlan c. Ville de Montréal*, [1947] R.C.S. 216). On a aussi appliqué une autre règle d'interprétation aux appels de plein droit: si la compétence de la Cour est douteuse, on ne peut en présumer l'existence. (*Chagnon c. Normand* (1889), 16 R.C.S. 661; *Cully c. Ferdais* (1900), 30 R.C.S. 330; *McKenzie c. Hiscock*, [1967] R.C.S. 781). Comme les appels de plein droit constituaient la majorité des pourvois à cette Cour, ces «règles» ont été créées et élaborées dans le contexte des appels de plein droit. Elles étaient probablement justifiées comme moyen de contrôle du rôle de la Cour et elles reflétaient la tendance à l'interprétation stricte que manifestaient les juges qui formaient la Cour. L'applicabilité de ces règles, qui reflètent une préférence inhérente pour l'absence de compétence, à des questions relatives aux autorisations d'appel discrétionnaires ne semble toutefois pas justifiée. L'élément discrétionnaire offre le mécanisme de tri que fournissait auparavant l'interprétation stricte de la compétence.

Néanmoins, l'importance accrue de l'autorisation d'appel spéciale, surtout après la révision en profondeur de la *Loi sur la Cour suprême* en 1949 (1949 (Can.), 2e Sess., chap. 37), rendait inévitable l'extension, injustifiée à mon avis, de cette interprétation stricte de la compétence au domaine de l'autorisation discrétionnaire.

La complexité des dispositions législatives concernant les appels, notamment les appels en matière criminelle, a accentué le problème d'interprétation. Le processus de modification a été à la fois désordonné et fragmentaire. Entre 1892 et 1906, par exemple, on retrouvait des dispositions

both *The Supreme and Exchequer Courts Act*, R.S.C. 1886, c. 135 and the new *Criminal Code*, 1892 (Can.), c. 29. In 1906 in the Revised Statutes the duplication was eliminated by s. 36 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1906, c. 139 which provided that "there shall be no appeal in a criminal case except as provided in the Criminal Code". At this time an appeal as of right was the only means of appealing a criminal matter.

An amendment to the *Criminal Code* in 1923 precipitated the troublesome case of *Goldhamer v. The King*, [1924] S.C.R. 290. The issue of the jurisdiction of the Supreme Court to entertain an appeal from sentence arose. The Court had difficulty reconciling the plain meaning of then s. 1024 which gave a right of appeal to "any person convicted of any indictable offence, whose conviction has been affirmed" with the newly amended s. 1013 which dealt with appeals to the Court of Appeal under a double rubric, appeals as to "conviction" and appeals as to "sentence". Idington J. felt that it was "fairly arguable" that there was a right of appeal to the Supreme Court of Canada from sentence by one convicted under s. 1013. "I cannot therefore confidently assert and hold that there is no appeal possible under such circumstances" (at pp. 292-93). Duff J., in one short paragraph, read s. 1024 together with s. 1013 and concluded that there was "no right of appeal to the Supreme Court of Canada from the judgment given by a court of appeal on an appeal under subsection (2) of section 1013" (at p. 293). Mignault J. said essentially the same thing (at pp. 293-94):

> As now amended, article 1013 gives a right of appeal against a conviction, and against a sentence pronounced by the trial court against a person convicted on indictment. Article 1024 was not amended by the 1923 statute and under it the right of appeal is restricted to an appeal against the affirmance of the conviction. Reading it with article 1013, as amended, the appeal from the sentence under paragraph 2 of article 1013 cannot be brought before this court.

essentiellement identiques, quant aux appels en matière criminelle, dans l'*Acte des cours Suprême et de l'Échiquier*, S.R.C. 1886, chap. 135 et dans le nouveau *Code criminel*, 1892 (Can.), chap. 29. Dans les Statuts revisés de 1906, l'art. 36 de la *Loi de la cour Suprême*, S.R.C. 1906, chap. 139 a éliminé le double emploi; cet article prévoyait que «il n'y a, dans les causes pénales, d'appels que ceux qui sont prévus par le Code criminel». A l'époque, l'appel de plein droit était le seul moyen de se pourvoir en matière criminelle.

Une modification apportée au *Code criminel* en 1923 est à l'origine du malencontreux arrêt *Goldhamer c. Le Roi*, [1924] R.C.S. 290. Cette affaire portait sur la compétence de la Cour suprême d'entendre un appel d'une sentence. La Cour a eu de la difficulté à concilier le sens manifeste de l'art. 1024 alors en vigueur qui accordait un droit d'appel à «toute personne convaincue d'un acte criminel et dont la conviction a été confirmée» avec l'art. 1013 récemment modifié qui traitait des appels à la Cour d'appel sous une double rubrique, les appels d'un «jugement de culpabilité» et les appels d'une «sentence». Le juge Idington a estimé [TRADUCTION] «franchement discutable» l'existence, fondée sur l'art. 1013, du droit pour la personne déclarée coupable d'en appeler de sa sentence à la Cour suprême du Canada. [TRADUCTION] «Je ne puis donc affirmer et conclure en toute confiance qu'il n'y a pas d'appel possible dans de telles circonstances» (aux pp. 292 et 293). Le juge Duff, dans un court alinéa, compare les art. 1024 et 1013 et conclut qu'il n'y a [TRADUCTION] «aucun droit d'appel à la Cour suprême du Canada de l'arrêt d'une cour d'appel rendu par suite d'un appel interjeté en vertu du paragraphe (2) de l'article 1013» (à la p. 293). Le juge Mignault affirme essentiellement la même chose (aux pp. 293 et 294):

> [TRADUCTION] Dans sa forme modifiée, l'article 1013 accorde un droit d'appel d'une déclaration de culpabilité et d'une sentence prononcée par le tribunal contre une personne déclarée coupable à la suite d'un acte d'accusation. En vertu de l'article 1024 qui n'a pas été modifié par la loi de 1923, le droit d'appel se limite à un appel de la confirmation d'une déclaration de culpabilité. Si on fait le rapprochement avec l'article 1013 modifié, l'appel d'une sentence prévu au paragraphe 2 de l'article 1013 ne peut être interjeté auprès de cette Cour.

Thus the rule against sentence appeals in the Supreme Court of Canada was born. It would appear that the jurisdiction of this Court to hear appeals on sentence had formerly not been questioned. Counsel for the appellant in *Goldhamer* had been caught by surprise and no submissions were in fact made on the jurisdictional issue.

Upon said appeal coming on for hearing herein, some members of our court took the objection that we had no jurisdiction.

I suggested to counsel for appellant, who was thereby taken by surprise, that he better urge anything he had to say on the merits, and take a few days to submit a further factum, answering the point of want of jurisdiction.

A week has elapsed but nothing further submitted, possibly because I had submitted to him that I could see no merits in the appeal, including the objection upon which he chiefly relied, that the fine having been paid there could be no appeal to the Court of King's Bench [at p. 291 *per* Idington J.].

The sections dealing with Supreme Court appeals had not been amended at the time of the 1923 amendment to the Court of Appeal provisions and it is unlikely that the legislators directed their minds to the possible effect their wording of s. 1013 would have on then s. 1024. But the rule against sentence appeals to the Supreme Court prevailed, despite a statutory basis which was, at the very least, arguable. This is easily explainable. The case afforded the opportunity to contain the rising tide of appeals as of right.

The rule, in one of its aspects, was a good one which became better as the role of the Supreme Court shifted from that of an intermediate appeal court to final arbiter in issues of national importance. "Fitness" or "quantum" of sentence is best left to the courts of appeal. The power of the Court of Appeal to "consider the fitness of the sentence appealed against" is now contained in s. 614(1) of the *Criminal Code*. I have no quarrel with this. The Supreme Court of Canada should not consider questions of the fitness of an individual's sentence. That is not its role:

Ainsi est née la règle selon laquelle il n'y a pas d'appel d'une sentence à la Cour suprême du Canada. Il semblerait que la compétence de cette Cour pour entendre les appels d'une sentence n'avait pas été mise en doute auparavant. L'avocat de l'appelant, dans l'affaire *Goldhamer*, avait été pris par surprise et, en fait, aucun argument n'avait porté sur la question de compétence.

[TRADUCTION] A l'audition de l'appel en cette cour, certains juges ont soulevé l'objection que nous n'avions pas compétence.

J'ai dit à l'avocat de l'appelant, qui se trouvait de ce fait pris par surprise, qu'il aurait avantage à présenter sa plaidoirie sur le fond et à soumettre un autre mémoire dans quelques jours pour répondre à la question de l'absence de compétence.

Il s'est écoulé une semaine, mais aucun autre mémoire n'a été présenté, peut-être parce que je lui ai indiqué que j'estimais non fondés le pourvoi et notamment le moyen sur lequel il s'appuyait principalement, portant que puisque l'amende avait déjà été payée il ne pouvait y avoir d'appel à la Cour du Banc du Roi [à la p. 291, le juge Idington].

Les articles portant sur les appels à la Cour suprême n'avaient pas été modifiés à l'époque de la modification de 1923 apportée aux dispositions relatives aux appels à la Cour d'appel et il est peu probable que les rédacteurs de la loi aient songé aux effets possibles de leur formulation de l'art. 1013 sur l'art. 1024 alors en vigueur. Mais la règle interdisant les appels de sentence à la Cour suprême l'a emporté malgré un fondement législatif qui était à tout le moins discutable. Cela s'explique facilement. L'affaire donnait l'occasion de contenir la vague des appels de plein droit.

A un égard, la règle était d'autant plus valable que le rôle de la Cour suprême passait de celui de cour d'appel intermédiaire à celui d'arbitre ultime des questions d'importance nationale. La «justesse» ou «l'importance» d'une sentence relève plutôt des cours d'appel. Le pouvoir de la Cour d'appel de «considérer la justesse de la sentence dont appel est interjeté» est maintenant formulé au par. 614(1) du *Code criminel*. Je n'ai pas d'objection à cela. La Cour suprême du Canada ne devrait pas examiner la justesse de la sentence imposée à une personne. Ce n'est pas son rôle:

Here, the fundamental factor to keep in mind is that most of the disputes which reach the Supreme Court have first been adjudicated by a trial court and a provincial appeal court. The litigant has had his "day in court." It is not the function of the Supreme Court to give him yet another day. "Review by the Supreme Court", to quote Chief Justice Hughes of the United States Supreme Court, "is thus in the interests of the law, its appropriate exposition and enforcement, not in the mere interest of the litigants." The Canadian Supreme Court, too, should be designed and operated to serve not the private interests of dissatisfied litigants but the community's interest in obtaining an authoritative settlement of questions of law of importance to the whole nation [Russell, *supra*, at pp. 28-29].

[TRADUCTION] Ici, l'élément fondamental à retenir est que la plupart des litiges dont est saisie la Cour suprême ont déjà été tranchés par un tribunal de première instance et une cour d'appel provinciale. Les parties au litige ont déjà eu l'occasion de se faire entendre. Il ne revient pas à la Cour suprême de leur fournir une autre occasion. «L'examen de la Cour suprême, d'après le juge en chef Hughes de la Cour suprême des Etats-Unis, a donc lieu dans l'intérêt du droit, de son interprétation et de son application régulières, et non dans le seul intérêt des parties au litige.» La Cour suprême du Canada devrait elle aussi servir, par sa conception et son fonctionnement, non pas les intérêts personnels des parties mécontentes, mais l'intérêt de la société en fournissant une solution péremptoire aux questions de droit qui intéressent l'ensemble de la nation [Russell, précité, aux pp. 28 et 29].

It is incorrect, however, in my opinion, to characterize our justifiable reluctance to consider questions of fitness of sentence as lack of jurisdiction. It is to compound the error to extend the argument of lack of jurisdiction to what are clearly important questions of law arising out of the sentencing process. The function of this Court is precisely that, to settle questions of law of national importance in the interests of promoting uniformity in the application of the law across the country, especially with respect to matters of federal competence. To decline jurisdiction is to renounce the paramount responsibility of an ultimate appellate court with national authority.

Il est toutefois erroné, à mon avis, de qualifier d'absence de compétence notre hésitation justifiable à nous prononcer sur des questions de justesse d'une sentence. C'est ajouter à l'erreur que d'appliquer l'argument de l'absence de compétence à ce qui constitue clairement d'importantes questions de droit que soulève le processus de sentence. Le rôle de cette Cour est précisément de trancher des questions de droit d'importance nationale dans le but de favoriser l'application uniforme du droit dans tout le pays, spécialement pour ce qui est des sujets de compétence fédérale. Décliner sa compétence équivaut à refuser de remplir la fonction prépondérante d'une cour d'appel de dernier ressort et d'envergure nationale.

In *Goldhar v. The Queen*, [1960] S.C.R. 60, Cartwright J., in his dissenting judgment, sought a construction of the applicable statutory provisions which would give "effect to the apparent intention of Parliament that our jurisdiction in criminal matters should be strictly limited to points of law and yet wide enough to assure uniformity in the interpretation of the criminal law throughout Canada" (at p. 79). The "pure point of law" which the appellant sought to have decided in the *Goldhar* case, Cartwright remarked, fell "within the literal meaning" of the appeals by leave, s. 597(1)(*b*) of the revised *Criminal Code*, 1953-54 (Can.), c. 51. After distinguishing the *Goldhamer* decision he found that (at p. 77):

Dans l'arrêt *Goldhar c. La Reine*, [1960] R.C.S. 60, le juge Cartwright, dans ses motifs de dissidence, a cherché une interprétation des dispositions législatives applicables qui [TRADUCTION] «réaliserait l'intention du législateur qui a apparemment voulu que notre compétence en matière criminelle soit strictement limitée aux questions de droit et, en même temps, suffisante pour assurer une interprétation uniforme du droit criminel dans tout le Canada» (à la p. 79). La «question de droit strict» que l'appelant demandait de trancher dans l'arrêt *Goldhar* correspondait, d'après le juge Cartwright, au sens littéral de l'appel avec autorisation visé à l'al. 597(1)*b*) du *Code criminel* révisé, 1953-54 (Can.), chap. 51. Après avoir fait la distinction avec l'arrêt *Goldhamer*, il a conclu (à la p. 77):

In my opinion no sufficient reason has been advanced for interpreting s. 597 so as to refuse a jurisdiction which appears to me to be conferred upon the Court by the words of that section construed in their ordinary and literal meaning.

This interpretation, he felt, was buttressed by s. 41 of the *Supreme Court Act* which he found to be "*in pari materia*" with s. 597 of the *Code*.

It is important to remember that between *Goldhamer* and *Goldhar* significant revisions to the *Supreme Court Act* had intervened in 1949. The Supreme Court had replaced the Privy Council as the ultimate appeal court for Canada.

The powers of this Court in the exercise of its jurisdiction are no less in scope than those formerly exercised in relation to Canada by the Judicial Committee [*Re The Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198, at p. 212, *per* Rand J.].

A narrow interpretation of jurisdiction was not in keeping with the new function of the Court:

At the apex of the single Canadian System is the Supreme Court of Canada. Obviously its jurisdiction should be as comprehensive respecting federal and provincial laws as is that of the lower courts, subject to the screening of cases for their national importance as indicated [Lederman, "Thoughts on Reform of The Supreme Court of Canada" (1970), 8 Alta L.R. 1, at pp. 16-17].

In 1975 appeals as of right in civil matters were abolished and s. 41(1) governing appeals with leave assumed a major importance in the scheme of the Act. It was amended and enlarged in order to adapt it to the role which the Court had assumed and which Nesbitt J. had foreseen in 1904. Sections 41(1) and 41(3) of the *Supreme Court Act* now read:

**41.** (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme

[TRADUCTION] A mon avis, on n'a soumis aucun motif suffisant pour interpréter l'art. 597 de manière à nier une compétence qui me paraît accordée à la Cour par cet article pris dans son sens littéral et ordinaire.

Cette interprétation, à son avis, était étayée par l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême* qu'il a jugé être «*in pari materia*» avec l'art. 597 du *Code*.

Il est important de se rappeler qu'en 1949, entre l'arrêt *Goldhamer* et l'arrêt *Goldhar*, d'importantes modifications avaient été apportées à la *Loi sur la Cour suprême*. La Cour suprême avait remplacé le Conseil privé comme cour d'appel de dernier ressort pour le Canada.

[TRADUCTION] Les pouvoirs que cette Cour possède dans l'exercice de sa compétence n'ont pas une portée moindre que ceux exercés autrefois par le Comité judiciaire à l'égard du Canada. [*Re The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198, le juge Rand à la p. 212].

Une interprétation stricte de la compétence n'était pas compatible avec le nouveau rôle de la Cour:

[TRADUCTION] Au sommet du système judiciaire canadien se trouve la Cour suprême du Canada. Manifestement, sa compétence doit être aussi étendue que celle des cours de juridiction inférieure à l'égard des lois provinciales et fédérales, sous réserve du tamisage des causes selon leur importance nationale tel que mentionné [Lederman, «Thoughts on Reform of The Supreme Court of Canada» (1970), 8 Alta L.R. 1, aux pp. 16 et 17].

En 1975, les appels de plein droit en matière civile ont été abolis et le par. 41(1) relatif aux appels avec autorisation a pris une importance prépondérante dans l'économie de la Loi. Le paragraphe a été modifié et élargi de manière à l'adapter au nouveau rôle de la Cour, rôle que le juge Nesbitt avait prévu en 1904. Les paragraphes 41(1) et 41(3) de la *Loi sur la Cour suprême* se lisent maintenant comme suit:

**41.** (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel à la Cour suprême de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la plus haute cour du dernier ressort habilitée, dans une province, à rendre jugement dans l'affaire en question, ou par l'un des juges de cette cour, que l'autorisation d'en appeler à la Cour suprême ait ou non été refusée par un autre tribunal, lorsque la Cour suprême estime, étant donné

Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in such question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from such judgment is accordingly granted by the Supreme Court.

. . .

(3) No appeal to the Supreme Court lies under this section from the judgment of any court acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence or, except in respect of a question of law or jurisdiciton, of an offence other than an indictable offence.

In the decision, *Hill v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 827 the repercussions of the s. 41 amendments made themselves felt. The case was heard by the full court and in my view goes a long way in sustaining the contentions of both counsel now before us that the Court has jurisdiction to hear and determine the present appeal. Hill had pleaded guilty to charges of rape and wounding. He was sentenced to twelve years and appealed against sentence. The Court of Appeal for Ontario increased the sentence to one of life imprisonment. The question of law presented to the Court was whether, on an appeal by an accused against sentence, where there is no cross-appeal by the Crown to have the sentence increased, the Court of Appeal has the power to increase the sentence imposed upon the accused. The judgment of Martland, Judson, Pigeon and de Grandpré JJ. was delivered by Pigeon J. who introduced his discussion with respect to jurisdiction with these words (at p. 843):

On the hearing of this appeal, counsel for the Crown objected to the jurisdiction of this Court relying on *Goldhar v. The Queen*, a decision rendered on an application for leave to appeal heard by a court of five judges in which it was held, Cartwright J. dissenting, "that this Court has no jurisdiction to entertain an appeal against a sentence imposed for the commission of an indictable offence". In my view, that decision is not binding and should not be followed for the following reasons.

Mr. Justice Pigeon then observed that before the 1949 amendments, the *Supreme Court Act* did not confer jurisdiction on this Court in criminal cases

l'importance de l'affaire pour le public, l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou sa nature ou son importance à tout autre égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde dès lors l'autorisation d'interjeter appel de ce jugement.

. . .

(3) Nul appel à la Cour suprême ne peut être interjeté selon le présent article, du jugement d'une cour acquittant ou déclarant coupable, ou annulant ou confirmant une déclaration de culpabilité ou un acquittement, d'un acte criminel ou, sauf sur une question de droit ou de juridiction, d'une infraction autre qu'un acte criminel.

Les conséquences de la modification de l'art. 41 se sont faites sentir dans l'arrêt *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827. Le pourvoi a été entendu par la Cour au complet et, à mon avis, il appuie fortement les prétentions des avocats des parties en l'espèce portant que la Cour est compétente pour entendre et trancher le présent pourvoi. Hill avait plaidé coupable à des accusations de viol et de blessures. Condamné à douze ans d'emprisonnement, il a interjeté appel de la sentence. La Cour d'appel de l'Ontario l'a condamné à l'emprisonnement à perpétuité. La question de droit soumise à cette Cour était de savoir si, dans l'appel d'une sentence interjeté par un accusé, alors que la poursuite ne forme pas d'appel incident visant à obtenir une sentence plus sévère, la Cour d'appel a le pouvoir de prononcer une sentence plus sévère. Le jugement des juges Martland, Judson, Pigeon et de Grandpré a été rendu par le juge Pigeon qui a abordé la question de compétence en ces termes (à la p. 843):

A l'audition du présent pourvoi, l'avocat représentant le ministère public a contesté la juridiction de cette Cour, en invoquant *Goldhar c. La Reine*, une décision rendue sur une demande d'autorisation d'appel entendue par cinq juges, où l'on a statué, le juge Cartwright dissident, [TRADUCTION] «que la Cour n'a pas juridiction pour entendre un appel d'une sentence afférente à un acte criminel». A mon avis, cette décision ne lie pas la Cour et ne doit pas être suivie, pour les motifs suivants.

Le juge Pigeon a ensuite souligné qu'avant la modification de 1949, la *Loi sur la Cour suprême* n'accordait pas compétence à cette Cour en

due to the exclusionary clause in s. 36: "except in criminal cases and in proceedings for or upon a writ of *habeas corpus, certiorari* or prohibition arising out of a criminal charge"; therefore, any jurisdiction in criminal matters had to be found in the *Criminal Code* or other statute. Mr. Justice Pigeon discussed the line of cases in which the Court had uniformly adhered to a literal construction of s. 41 and granted leave to appeal in criminal matters for any judgments not excluded by subs. (3); *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. v. The Queen*, reported on merits only at [1956] S.C.R. 303, *Parkes v. The Queen* [1956] S.C.R. 134, *Smith v. The Queen* [1959] S.C.R. 638. He reviewed the decisions in which a different view had been taken, namely, *Goldhar v. The Queen* [1960] S.C.R. 60, *Paul v. The Queen* [1960] S.C.R. 452, *R. v. J. Alepin Frères Ltée* [1965] S.C.R. 359, *R. v. MacDonald* [1965] S.C.R. 831. The judgment continues (at p. 850):

> There is a clear conflict between the four last mentioned cases and the other judgments adhering explicitly or implicitly to a different view of s. 41. This means that on any view of the rule of *stare decisis* the Court has to choose between the two conflicting views.
>
> In my opinion, the literal construction is preferable not only because in the absence of ambiguity the literal meaning should always be adhered to despite any inconsistencies short of absurdity, but also because any assumption that Parliament did not intend to depart from the previous state of the law is unjustified. Section 41 was enacted substantially in its present form at the time when appeals to the Privy Council were being abolished and this court was being made truly supreme. The Privy Council had enjoyed unlimited jurisdiction by special leave and it is apparent that the new provision was intended to effect the change from a limited specific jurisdiction to a broad general jurisdiction. To hold that the inconsistencies resulting from this sweeping change indicate the intention of leaving some wide gaps open is, in my view, entirely unwarranted. On the contrary, the enactment of a provision that undoubtedly confers some jurisdiction in criminal matters beyond that existing under the *Criminal Code*, clearly indicates Parliament's will to remedy the omission to extend the jurisdiction of this Court in criminal cases when the Privy Council's jurisdiction in such cases was effectively abolished after

matière criminelle vu la disposition d'exclusion de l'art. 36: «sauf en matière pénale et dans les procédures relatives à un bref d'*habeas corpus*, de *certiorari* ou de prohibition à la suite d'une accusation criminelle»; en conséquence, toute compétence en matière pénale devait se fonder sur le *Code criminel* ou sur une autre loi. Le juge Pigeon a analysé une série d'arrêts où la Cour s'en était tenue à une interprétation littérale de l'art. 41 et avait accordé l'autorisation d'appeler en matière criminelle de tout jugement qui n'était pas exclu par le par. (3); *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. c. La Reine*, dont seul le jugement sur le fond est publié à [1956] R.C.S. 303, *Parkes c. La Reine* [1956] R.C.S. 134, *Smith c. La Reine* [1959] R.C.S. 638. Il a étudié les arrêts où l'on avait adopté un point de vue différent, notamment *Goldhar c. La Reine* [1960] R.C.S. 60, *Paul c. La Reine* [1960] R.C.S. 452, *R. c. J. Alepin Frères Ltée* [1965] R.C.S. 359, *R. v. MacDonald* [1965] R.C.S. 831. Le juge Pigeon ajoute (à la p. 850):

> Il y a manifestement conflit entre les quatre dernières décisions susmentionnées et les autres jugements qui adoptent explicitement ou implicitement une interprétation différente de l'art. 41. Il en résulte que, quelle que soit la conception de la règle *stare decisis* à laquelle on adhère, la Cour doit choisir entre deux opinions contradictoires.
>
> A mon avis, l'interprétation littérale est préférable non seulement parce que, sauf en cas d'ambiguïté, il faut toujours s'en tenir au sens littéral des mots malgré les inconséquences qui peuvent en résulter sauf si l'on aboutit à une absurdité, mais aussi parce qu'il n'y a pas lieu de présumer que le Parlement n'entendait pas modifier profondément l'état du droit. L'article 41 a été promulgué essentiellement dans sa forme actuelle en même temps que les appels au Conseil privé étaient abolis et cette Cour devenait véritablement suprême. Le Conseil privé jouissait d'une juridiction illimitée par voie d'autorisation et il est évident que la nouvelle disposition visait à transformer la juridiction limitée de la Cour en une juridiction générale. A mon avis, rien ne permet de croire que les inconséquences résultant de cette modification majeure signifient qu'on a voulu laisser de grandes lacunes. Au contraire, la promulgation d'une disposition qui confère indubitablement en matière pénale une juridiction allant au-delà de celle qui existe en vertu du *Code criminel*, indique clairement la volonté du Parlement de remédier à l'omission d'étendre la juridiction de cette Cour en matière pénale lorsque la juridic-

the Statute of Westminster.

Mr. Justice Pigeon concludes on this point (at p. 851):

For those reasons, it does not appear to me that s. 41(3) should be construed otherwise that [*sic*] in accordance with the strict meaning of "convicting" and "conviction" as established by the *Goldhamer* decision. This means that, in my view, the objection to jurisdiction fails. However, I consider it appropriate to point out that such conclusion implies no departure from our rule of never entertaining an appeal concerning the fitness of a sentence.

The judgment of Laskin C.J. and Dickson J., dissenting as to the merits but in agreement with Pigeon J. on the jurisdictional point, was delivered by the Chief Justice. Two passages bear upon the jurisdictional issue in the present appeal. The first reads (at p. 830):

Like my brother Spence, I am in agreement with my brother Pigeon in his disposition of the question of jurisdiction, a disposition that affirms jurisdiction in this case and which consequently involves the overruling of the *Goldhar* case, and of other cases which adopted its approach to deny jurisdiction.

The disposition by Pigeon J. affirming this Court's jurisdiction in *Hill* was perceived as overruling the *Goldhar* case and the other cases which adopted its approach to deny jurisdiction. Pigeon J. left no doubt as to his position. He stated that the *Goldhar* case was not binding and should not be followed. *Hill* adopted the general proposition, repudiated in *Goldhar v. The Queen* and *Paul v. The Queen* that matters not mentioned in s. 41(3) must be held to be comprised in s. 41(1) with the consequence that this Court would have jurisdiction to entertain an appeal from a judgment of a nature similar to the one here considered. With respect, I cannot find in s. 41 of the *Supreme Court Act* or in the *Criminal Code* any wording which would accord this Court jurisdiction to hear sentencing matters where the issue was as to constitutionality or judicial power but not otherwise. I simply cannot find the basis for such a distinction in the wording.

tion du Conseil privé en cette matière a été effectivement abolie après le Statut de Westminster.

Le juge Pigeon conclut sur ce point (à la p. 851):

Pour ces motifs, je ne crois pas que le par. 3 de l'art. 41 doit être interprété autrement que selon le sens strict de «convicting» et «conviction» établi dans la décision *Goldhamer*. Il en résulte qu'à mon avis, l'objection à la juridiction n'est pas fondée. Il me semble toutefois à propos de signaler qu'en venant à cette conclusion je n'entends aucunement m'écarter de notre règle de ne jamais entendre un pourvoi où l'on nous demanderait de décider si la sentence est convenable.

Les motifs du juge en chef Laskin et du juge Dickson, qui sont dissidents quant au fond, mais qui souscrivent aux motifs du juge Pigeon sur la question de compétence, ont été rendus par le Juge en chef. Deux passages de ces motifs touchent la question de compétence soulevée par le présent pourvoi. Le premier se lit ainsi (à la p. 830):

Comme mon collègue le juge Spence, je souscris à la conclusion de mon collègue le juge Pigeon sur la question de juridiction, conclusion qui confirme la juridiction en l'espèce et se trouve à contredire l'arrêt *Goldhar*, et les autres arrêts dans le même sens.

La conclusion du juge Pigeon dans l'arrêt *Hill*, par laquelle il confirme la compétence de cette Cour, a été perçue comme renversant l'arrêt *Goldhar* et les autres arrêts dans le même sens. Le juge Pigeon n'a laissé planer aucun doute quant à sa position. Il a affirmé que l'arrêt *Goldhar* ne lie pas la Cour et ne doit pas être suivi. L'arrêt *Hill* adopte la thèse générale, rejetée par les arrêts *Goldhar c. La Reine* et *Paul c. La Reine*, selon laquelle les sujets qui ne sont pas mentionnés au par. 41(3) doivent être considérés comme compris au par. 41(1), ce qui a pour conséquence que la Cour serait compétente pour entendre un appel d'un jugement d'une nature semblable à celui visé en l'espèce. Avec égards, je ne puis trouver ni à l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême*, ni dans le *Code criminel*, une formulation qui conférerait à cette Cour la compétence d'entendre des appels relatifs à des questions de sentence lorsque le litige porte sur une question de constitutionnalité ou de compétence judiciaire, mais non sur d'autres sujets. Je ne puis simplement pas trouver de fondement à une telle distinction dans le langage utilisé.

The second passage of Laskin C.J. reads (at pp. 831-32):

I take first the preliminary question of jurisdiction. It is to me unreal to think that literal construction determines the result when in order to arrive at it a detailed review of legislative history is required (and properly so) and the purpose of the measure under review is pursued through an examination of the changes made in the jurisdiction and role of this Court. Once it is admitted, as it must be here, that reasonable men can differ on the effect of language directed to a particular end which itself is in issue, we are in a situation where our conclusion will be influenced by our view of what this Court's jurisdiction and role should be. Since I would not exclude cases from the leave jurisdiction of this Court unless it is quite plain that they have been excluded by statute, and since I do not regard the present appeal as plainly excluded I support the conclusion of my brother Pigeon on the question of jurisdiction.

It is not plain that a case such as that presently before us is excluded by statute. On the contrary it seems to be common ground that it falls within the literal, broad and embracing words of s. 41 of the *Supreme Court Act*. The present appeal is brought (i) from a "final judgment"; (ii) "of the highest court of final resort in a province ... in which judgment can be had in the particular case", *i.e.* from the Court of Appeal of Ontario; (iii) the "question involved" is "by reason of its public importance" ... "one that ought to be decided by the Supreme Court" — the granting of leave to appeal testifies to this; (iv) the judgment sought to be appealed is not one falling within the exclusionary words of s. 41(3), for it is not one acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence or of an offence other than an indictable offence. In *Hill* all nine judges joined in support of the view that s. 41 of the *Supreme Court Act* was intended to confer a broad general jurisdiction, beyond that existing under the *Criminal Code*. The Court rejected as "entirely unwarranted" the notion dominating the *Goldhar* line of cases that possible inconsistencies arising from a broad construction of s. 41 indicated Parliamentary intention to leave some wide gaps open.

Le second extrait des motifs du juge en chef Laskin se lit ainsi (aux pp. 831 et 832):

Prenons d'abord la question préliminaire de la juridiction. Il me paraît artificiel de prétendre considérer décisive l'interprétation littérale tout en faisant (à juste titre d'ailleurs) une étude détaillée de l'historique législatif et en recherchant l'objectif par l'examen des changements apportés à la juridiction et au rôle de cette Cour. Dès qu'il est admis, comme il le faut en l'espèce, que l'on peut raisonnablement différer d'opinion sur l'effet d'un texte visant un objectif qui est lui-même mis en question, nous nous trouvons dans une situation où notre opinion sur ce que doit être la juridiction et le rôle de cette Cour influencera notre conclusion. Comme je ne suis disposé à exclure de la juridiction de cette Cour par voie d'autorisation rien qui ne soit très clairement exclu par la loi, et comme, à mon avis, ce n'est pas le cas en l'espèce, je souscris à la conclusion de mon collègue le juge Pigeon sur la question de la juridiction.

Il n'est pas évident que la loi exclut un cas comme celui qui nous est soumis. Au contraire, il semble admis par toutes les parties qu'il est visé par les termes généraux de l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême*, dans leur sens littéral. Le présent appel porte sur (i) un «jugement définitif», (ii) «rendu par la plus haute cour du dernier ressort habilitée, dans une province, à rendre jugement dans l'affaire en question», c.-à-d. de la Cour d'appel de l'Ontario, (iii) la «question ... qu'elle comporte», «étant donné l'importance de l'affaire pour le public» est telle que «la Cour suprême ... devrait en être saisie»—l'autorisation d'appeler en fait foi, (iv) l'arrêt dont on cherche à interjeter appel n'est pas un arrêt auquel s'appliquent les dispositions d'exclusion du par. 41(3) puisqu'il ne s'agit pas d'un jugement acquittant ou déclarant coupable, ou annulant ou confirmant une déclaration de culpabilité ou un acquittement, d'un acte criminel ou d'une infraction autre qu'un acte criminel. Dans l'arrêt *Hill*, les neuf juges de la Cour ont affirmé à l'unanimité que l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême* vise à attribuer une compétence générale plus étendue que celle que confère le *Code criminel*. Cette Cour a rejeté comme totalement injustifiée la notion qui prévaut dans l'arrêt *Goldhar* et les arrêts semblables, voulant que les inconséquences qui peuvent résulter d'une interprétation large de l'art. 41 traduisent l'intention du législateur de laisser de grandes lacunes.

Three later cases should be mentioned. The Court in *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940 considered a provision for compensation under s. 653 of the *Code* which the Court found to be "tied expressly to the sentencing process" (at p. 948). The judge of first instance made a composite order at the time the respondent, Anne Zelensky, was sentenced to imprisonment and to a term of probation after pleading guilty to theft. The order was made in pursuance of an application for such relief by T. Eaton Company Limited, the victim of the theft. This Court held that s. 653 was valid as part of the sentencing process. The Court went on to provide some guidance to trial judges on the proper application of s. 653.

In *R. v. Skolnick*[1] the Court recently heard argument and reserved judgment on the question whether the mandatory minimum penalty prescribed by s. 236(1)(*c*) of the *Criminal Code* for a third offence applies to an accused who has been previously convicted and sentenced for two offences arising out of the same incident.

In the third case, *Lees v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 749 the issue was as to the legality of a sentence of eight years' imprisonment imposed upon the appellant, it being admitted that the sentencing judge had acted upon evidence of a potential but untried charge not connected with the offence to which the plea of guilty had been entered. The judgment of the Court was delivered by my brother McIntyre and concurred in by the six other members of the Court.

The lack of jurisdictional challenge in *Zelensky*, in *Skolnick*, in *Lees* and by the leave granting panel in *Gardiner* suggests, to me at least, an acceptance of the view that *Hill* gave the quietus to *Goldhar* and to the abnegation which under-

[1] Judgment pronounced July 22, 1982 and published at [1982] 2 S.C.R. 47.

Trois arrêts subséquents doivent être cités. Dans l'arrêt *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, la Cour a étudié une disposition relative au dédommagement en vertu de l'art. 653 du *Code*, qu'elle a estimée «expressément liée au processus de sentence» (à la p. 948). Le juge de première instance a rendu une ordonnance mixte au moment de prononcer la sentence de l'intimée, Anne Zelensky, qu'il a condamnée à l'emprisonnement et à une période de probation après qu'elle eût plaidé coupable à un accusation de vol. L'ordonnance a été rendue à la demande de T. Eaton Company Limited, la victime du vol. Cette Cour a jugé l'art. 653 valide comme partie du processus de sentence. La Cour a aussi donné certaines directives aux juges de première instance quant à l'application régulière de l'art. 653.

Dans l'affaire *R. c. Skolnick*[1], la Cour a récemment entendu les plaidoiries et pris en délibéré la question de savoir si la peine minimale obligatoire que prescrit l'al. 236(1)*c*) du *Code criminel* pour une troisième infraction s'applique à un accusé qui a déjà été déclaré coupable de deux infractions découlant des mêmes faits et condamné pour celles-ci.

Dans la troisième affaire, *Lees c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 749, le litige portait sur la légalité d'une sentence de huit ans d'emprisonnement imposée à l'appelant alors qu'il était reconnu que le juge qui avait prononcé la sentence l'avait fait en fonction d'une preuve relative à un chef d'accusation possible, n'ayant fait l'objet d'aucun procès et sans rapport avec l'infraction visée par l'aveu de culpabilité. Le jugement de cette Cour a été prononcé par mon collègue le juge McIntyre aux motifs duquel ont souscrit les six autres juges de la Cour.

L'absence de contestation de la compétence de la Cour dans les affaires *Zelensky*, *Skolnick* et *Lees* et l'octroi de l'autorisation d'appeler dans *Gardiner* traduisent, à mon avis du moins, une acceptation du point de vue selon lequel l'arrêt

[1] Jugement prononcé le 22 juillet 1982 et publié à [1982] 2 R.C.S. 47.

pinned that decision and those which followed in its wake. *Hill* mandated an expansive reading of s. 41(1), the better to enable this Court to discharge its role at the apex of the Canadian judicial system, as the court of last resort for all Canadians.

If policy considerations are to enter the picture, as they often do, there would appear to me to be every reason why this Court should remain available to adjudicate upon difficult and important questions of law in the sentencing process, in particular where there are, as here, conflicting opinions expressed in the provinces. Indeed we are asked, in effect, in this appeal to decide between two opinions of the Ontario Court of Appeal which are in direct conflict. I can see no advantage to litigants or to the orderly administration of justice in closing doors which do not have to be closed.

The size of the Court's docket should not determine jurisdiction. The leave granting process is available to screen out those cases which do not give rise to legal issues of high importance in the sentencing process. It was argued at the time of *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138 and *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265 that a flood of litigation would follow any relaxation of the rules governing standing in constitutional challenges. Experience has shown those fears to be groundless. As Cartwright J. observed in passing in *Goldhar*, at p. 79, the "cases in which a sentence can be questioned on a pure point of law are likely to be few and far between".

Although I am of the view that the Court has jurisdiction to assess the fitness, *i.e.* the quantum of a sentence, I am equally of the view that as a matter of policy we should not do so. It is a rule of our own making and a good rule. But it does not go to limit the general appellate jurisdiction of this Court to determine questions of criminal law of national importance. The sentence here is ques-

*Hill* a donné le coup de grâce à l'arrêt *Goldhar* et au renoncement qui a marqué ce dernier arrêt et ceux qui ont suivi dans le même sens. L'arrêt *Hill* a donné au par. 41(1) une interprétation plus libérale qui permet à cette Cour de remplir son rôle au sommet du système judiciaire canadien en tant que cour de dernier ressort pour tous les Canadiens.

Si des considérations de principe doivent entrer en ligne de compte, comme c'est souvent le cas, il me semble tout à fait de mise que cette Cour soit prête à trancher des questions de droit importantes et difficiles quant au processus de sentence, surtout lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, des opinions contradictoires ont été exprimées dans les provinces. En fait, dans le présent pourvoi, on nous demande de départager deux opinions de la Cour d'appel de l'Ontario qui sont en contradiction l'une avec l'autre. Je ne puis voir d'avantage ni pour les parties au litige ni pour la bonne administration de la justice à fermer la porte quand il n'est pas nécessaire de le faire.

La charge de travail de la Cour ne devrait pas servir à déterminer sa compétence. Le processus d'autorisation permet d'éliminer les pourvois qui ne soulèvent pas de questions de droit importantes quant au processus de sentence. On a soutenu à l'époque des arrêts *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138 et *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265 que l'élargissement des règles qui gouvernent la qualité pour agir dans les affaires constitutionnelles entraînerait un afflux de litiges. L'expérience a démontré que ces craintes étaient injustifiées. Comme le juge Cartwright l'a fait remarquer incidemment dans l'arrêt *Goldhar*, à la p. 79, [TRADUCTION] «les cas où une sentence peut être contestée sur une question de droit strict sont probablement peu nombreux et peu fréquents».

Bien que je sois d'avis que la Cour a compétence pour évaluer la justesse d'une sentence, c.-à-d. son importance, je suis également d'avis qu'en principe, nous ne devrions pas le faire. C'est une règle que nous avons édictée nous-mêmes et elle est valable. Toutefois, elle n'a pas pour effet de limiter la compétence générale en matière d'appel que possède cette Cour pour trancher les questions de

tioned on a point of law. The appeal is against the principle, not the fitness, of a sentence. The legality of the sentence is at issue.

Questions of burden of proof have traditionally been of concern to the judiciary and left to the judiciary and not Parliament to resolve. We are dealing here with a procedure which has evolved at common law and not by statute. It is not an issue which should take the time of Parliament.

It seems to me that there is a positive collective interest in having federal law, in particular the criminal law, one and the same for all Canadians and in knowing that the country's highest Court is in the background, in case of need, to illuminate difficult points of law arising in the sentencing process. Cases calling for the articulation of governing and intelligible principles bearing upon deprivation of personal liberty would seem rationally to be the paradigm of the type of case which should find its way to this Court.

I would hold that the Court has jurisdiction to entertain this appeal. The statutory language, the historical development of the Court's jurisdiction and the role of the Court as ultimate appellate tribunal all lead to that conclusion.

III

The Burden of Proof

A

Introduction

The question now to be addressed is this: what burden of proof must the Crown sustain in advancing contested aggravating facts in a sentencing proceeding, for the purpose of supporting a lengthier sentence; is the standard that of the criminal law, proof beyond a reasonable doubt, or that of the civil law, proof on a balance of probabilities.

The Crown argues for the acceptance of a lesser onus of proof at sentencing than the traditional

droit criminel d'importance nationale. En l'espèce, la sentence est contestée sur une question de droit. Le pourvoi porte sur le principe de la sentence et non sur sa justesse. La légalité de la sentence est en cause.

Les questions relatives au fardeau de la preuve ont intéressé traditionnellement les tribunaux et leur solution a été laissée aux tribunaux et non au législateur. Nous sommes saisis, en l'espèce, d'une procédure qui a été élaborée par la *common law* et non par la loi. Ce n'est pas une question à laquelle le législateur devrait consacrer du temps.

J'estime qu'il y a un avantage collectif indubitable à ce que le droit fédéral, spécialement le droit criminel, soit le même pour tous les Canadiens et à ce que l'on sache que la plus haute cour du pays est prête au besoin à éclaircir des points de droit épineux que le processus de sentence peut soulever. Les affaires qui exigent la formulation de principes clairs qui ont trait à la privation de la liberté individuelle sembleraient logiquement être le modèle d'affaires qui devraient être portées devant cette Cour.

Je suis d'avis que cette Cour a compétence pour entendre le présent pourvoi. Les textes législatifs, l'évolution historique de la compétence de la Cour et son rôle comme cour d'appel de dernier ressort appuient tous cette conclusion.

III

Le fardeau de la preuve

A

Introduction

La question qu'il faut maintenant aborder est la suivante: à quelle norme de preuve la poursuite doit-elle satisfaire lorsqu'elle présente des circonstances aggravantes contestées au cours du processus de sentence, afin d'obtenir l'imposition d'une sentence plus sévère? La norme applicable est-elle celle du droit criminel c.-à-d. la preuve hors de tout doute raisonnable ou celle du droit civil, savoir la preuve selon la prépondérance des probabilités?

La poursuite nous presse d'accepter, aux fins de la sentence, une norme de preuve moins stricte que

criminal onus of beyond a reasonable doubt which applies at trial to the determination of guilt.

Relying heavily on American authorities the Crown suggests that there is a sharp demarcation between the trial process and the sentencing process. Once a plea or finding of guilty is entered the presumption of innocence no longer operates and the necessity of the full panoply of procedural protection for the accused ceases. Sentencing is a discretionary and highly subjective exercise on the part of the trial judge. The primary concern at a sentencing hearing is the availability of accurate information upon which the trial judge can rely in determining an appropriate sentence in the particular circumstances of the offender. For this reason the strict rules on the admissibility of evidence are relaxed. The trial judge is no longer confined to the narrow issue of guilt but is engaged in the difficult task of fitting the punishment to the person convicted. To require that the Crown prove contested issues beyond a reasonable doubt would be to complicate and extend sentencing hearings and convert the sentencing process into a second trial with a resultant loss of economy.

In the event that the essentially civil onus of preponderance of evidence is rejected, the Crown proposes, in the alternative, an "intermediate" standard of "clear and convincing" evidence to apply to sentencing hearings.

The respondent, on the other hand, argues for the application of the reasonable doubt standard to sentencing hearings. The "bifurcation" between trial and sentencing proposed by the Crown the respondent finds artificial and against the authorities. From the offender's point of view, sentencing is the most critical part of the whole trial process, it is the "gist of the proceeding" and the standard of proof required with respect to controverted facts should not be relaxed at this point. To do so is prejudicial to the accused. Administrative efficiency is insufficient justification for so radical a

celle de la preuve hors de tout doute raisonnable qui est ordinairement utilisée en matière criminelle et qui s'applique au procès quand il s'agit d'établir la culpabilité de l'accusé.

S'inspirant largement de précédents américains, la poursuite soutient qu'il y a une différence marquée entre le procès et le processus de sentence. Après l'aveu ou la déclaration de culpabilité, la présomption d'innocence ne s'applique plus et l'arsenal de procédures destinées à protéger l'accusé n'est plus nécessaire. L'imposition de la sentence est, pour le juge du procès, une activité discrétionnaire et très subjective. Le but premier de l'audience relative à la sentence est l'obtention de renseignements précis sur lesquels le juge du procès peut s'appuyer pour déterminer la sentence appropriée au cas particulier de l'accusé. Pour ce motif, les règles strictes concernant la recevabilité de la preuve sont assouplies. Le juge du procès n'est plus limité à la question stricte de culpabilité, mais il doit s'acquitter de la tâche difficile d'imposer une peine appropriée à la personne déclarée coupable. Si la poursuite était tenue de prouver hors de tout doute raisonnable les faits contestés, cela aurait pour effet de compliquer et de prolonger les audiences relatives à la sentence et de transformer le processus de sentence en un second procès avec les inconvénients qui s'ensuivent.

Si le fardeau de la preuve selon la prépondérance des probabilités, qui se retrouve essentiellement en matière civile, n'est pas retenu, la poursuite propose de le remplacer par une norme «intermédiaire» de preuve [TRADUCTION] «claire et convaincante» applicable aux audiences relatives à la sentence.

D'autre part, l'intimé favorise l'application de la norme du doute raisonnable aux audiences relatives à la sentence. L'intimé juge artificiel et contraire à la jurisprudence la «division» entre le procès et le processus de sentence proposée par la poursuite. Du point de vue de l'accusé, le processus de sentence est l'étape la plus décisive de tout le procès, il constitue [TRADUCTION] «l'essence même de la procédure» et, à ce stade, on ne devrait pas assouplir la norme de preuve requise quant aux faits contestés. Un tel assouplissement de la norme serait préjudiciable à l'accusé. L'efficacité admi-

departure from the traditional criminal onus of beyond a reasonable doubt.

B

The Authorities relied upon in *Cieslak* and in *Gardiner*

As I have indicated, the Ontario Court of Appeal in *R. v. Cieslak, supra*, said that it was "up to the Crown to prove the material facts, on a balance of probabilities" (at p. 9). The question of burden of proof was not directly in issue in *Cieslak*. Arnup J.A. recited the facts and then said:

> In our view, the established practice in Ontario following a guilty plea is that which is also followed in the criminal Courts in England as expressed in *R. v. Campbell* (1911), 6 Cr. App. R. 131, adopted by this Court in *R. v. Carey* (1951), 102 C.C.C. 25, [1952] O.R. 1, 13 C.R. 333; *R. v. Van Pelz* (1942), 29 Cr. App. R. 10; *R. v. Benson and Stevenson* (1951), 100 C.C.C. 247, 13 C.R. 1, 3 W.W.R. (N.S.) 29. In essence that practice is that it is proper for the facts to be stated by the investigating officer, or by Crown counsel on information received from the investigating officer, even though such information may be largely hearsay, but if the facts as given are challenged by the defence, it is then up to the Crown to prove the material facts, on a balance of probabilities, for the purpose of assisting the trial Judge in deciding what is the appropriate sentence.

The Court held that the established practice had not been followed. The appeal was allowed and sentence reduced. The four cases upon which the Court relied dealt with the general practice followed at the time of sentencing rather than with the burden of proof.

In concluding, in the present appeal, that the *obiter* in *Cieslak* as to the onus was in error, the Court, speaking through Jessup J.A. relied on nine cases to which brief reference must be made.

(a) The first is an unreported decision of the Ontario Court of Appeal, *R. v. Sayer*, an appeal heard February 19, 1976. Martin J.A., speaking for the court, said:

nistrative ne suffit pas à justifier une dérogation aussi radicale à la norme hors de tout doute raisonnable ordinairement utilisée en matière criminelle.

B

La jurisprudence invoquée dans les arrêts *Cieslak* et *Gardiner*

Comme je l'ai déjà souligné, dans l'arrêt *R. v. Cieslak*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a affirmé qu'il appartenait [TRADUCTION] «à la poursuite de prouver les faits essentiels, selon une prépondérance de probabilités» (à la p. 9). La question du fardeau de la preuve n'était pas directement en cause dans l'affaire *Cieslak*. Après avoir énoncé les faits, le juge Arnup dit:

> [TRADUCTION] A notre avis, la pratique suivie en Ontario à la suite d'un aveu de culpabilité est la même que celle qui est suivie dans les cours criminelles d'Angleterre et qui est énoncée dans l'arrêt *R. v. Campbell* (1911), 6 Cr. App. R. 131, adopté par cette cour dans les arrêts *R. v. Carey* (1951), 102 C.C.C. 25, [1952] O.R. 1, 13 C.R. 333; *R. v. Van Pelz* (1942), 29 Cr. App. R. 10; *R. v. Benson and Stevenson* (1951), 100 C.C.C. 247, 13 C.R. 1, 3 W.W.R. (N.S.) 29. Pour l'essentiel, suivant cette pratique, l'agent enquêteur ou le substitut du procureur général, d'après les renseignements reçus de l'agent enquêteur, énonce les faits, même si les renseignements obtenus peuvent comporter une grande part de ouï-dire. Cependant, si les faits rapportés sont contestés par la défense, il incombe alors à la poursuite de prouver les faits essentiels, selon une prépondérance des probabilités, en vue d'aider le juge du procès à déterminer la sentence appropriée.

La Cour a conclu que la pratique établie n'avait pas été suivie. Elle a accueilli l'appel et réduit la sentence. Les quatre arrêts sur lesquels la Cour s'est fondée portent sur la pratique généralement suivie au moment de la détermination de la sentence plutôt que sur le fardeau de la preuve.

En concluant en l'espèce que l'*obiter* de l'arrêt *Cieslak* quant au fardeau de preuve est erroné, la Cour, dont le juge Jessup a rédigé les motifs, s'est appuyée sur neuf décisions qu'il faut mentionner brièvement.

a) La première est un arrêt inédit de la Cour d'appel de l'Ontario, *R. v. Sayer*, un appel entendu le 19 février 1976. Le juge Martin, s'exprimant au nom de la cour, affirme:

Dealing with the appeal against sentence. The evidence is that following the assault, the complainant had an operation to correct a degenerative disc problem of long standing. It is far from established with that degree of certainty required in a criminal prosecution, that there was a causal connection between the assault and the condition which required the operation, nor can we be sure that the jury found such a causal connection.

(b) *R. v. Gortat and Pirog*, [1973] Crim. L. R. 648. The trial judge accepted pleas of guilty to a charge of conspiracy to rob and, dispensing with a jury, heard evidence from both the prosecution and defence solely on matters pertinent to the issue of whether the enterprise had been abandoned at some time prior to arrest. The report notes that the trial judge had directed himself as he would a jury on matters of burden of proof.

(c) *Alberton Fisheries Ltd. v. The King* (1944), 17 M.P.R. 457 (P.E.I. S.C.). Campbell C.J. said: "... on the question of the gravity of the offence, as well as on the question of guilt or innocence, the accused is entitled to the benefit of any reasonable doubt" (at p. 460).

(d) *R. v. Maitland*, a decision of the Supreme Court of South Australia *in banco*, reported at [1963] S.A.S.R. 332. The court expressed the view that "... the accused is entitled to have the benefit of any doubt that there may be" (at p. 335).

(e) *Law v. Deed*, [1970] S.A.S.R. 374, another decision of the South Australian courts, judgment being delivered by Bray C.J. The following passage appears at p. 378 of the report:

I think, as I said in *Samuels v. Festa*, [1968] S.A.S.R. 118, that the principle by which the defendant has the benefit of any reasonable doubt applies all through the criminal law and to matters of penalty as well as to matters of guilt or innocence except in the case of the defence of insanity or in the case of any special statutory provision to the contrary.

(f) *O'Malley v. French* (1971), 2 S.A.S.R. 110 following *R. v. Maitland* and *Law v. Deed*. Walters J. said (at p. 112): "In the absence of evidence

[TRADUCTION] Quant à l'appel de la sentence. Selon la preuve, la victime a dû subir, par suite des voies de fait, une opération pour corriger un problème de dégénérescence d'un disque dont elle souffrait depuis longtemps. Il n'est pas établi avec le degré de certitude qu'on exige dans une poursuite criminelle qu'il y a un lien de cause à effet entre les voies de fait et l'état de la victime qui a exigé l'opération. Il n'est pas sûr non plus que le jury a conclu qu'un tel lien existait.

b) *R. v. Gortat and Pirog*, [1973] Crim. L. R. 648. Le juge du procès a accepté des aveux de culpabilité relatifs à une accusation de complot en vue de commettre un vol qualifié et, après avoir renvoyé le jury, a entendu les dépositions de la poursuite et de la défense seulement sur les points touchant la question de savoir si le complot avait été abandonné avant l'arrestation de ses auteurs. Le recueil rapporte que le juge du procès a agi comme un jury l'aurait fait quant au fardeau de la preuve.

c) *Alberton Fisheries Ltd. v. The King* (1944), 17 M.P.R. 457 (C.S. I.-P.-E.). Le juge en chef Campbell affirme: [TRADUCTION] « ... relativement à la gravité de l'infraction, de même que relativement à sa culpabilité ou à son innocence, l'accusé a le droit de bénéficier de tout doute raisonnable» (à la p. 460).

d) *R. v. Maitland*, un arrêt de la Cour suprême de l'Australie-Méridionale *in banco*, publié à [1963] S.A.S.R. 332. La cour exprime l'avis que [TRADUCTION] « ... l'accusé a le droit de bénéficier de tout doute qui peut exister» (à la p. 335).

e) *Law v. Deed*, [1970] S.A.S.R. 374, un autre arrêt de l'Australie-Méridionale, rendu par le juge en chef Bray. Le passage suivant se trouve à la p. 378 du recueil:

[TRADUCTION] Je crois, comme je l'ai dit dans l'arrêt *Samuels v. Festa*, [1968] S.A.S.R. 118, que le principe en vertu duquel l'accusé a droit de bénéficier de tout doute raisonnable s'applique dans tout le droit criminel aussi bien aux questions relatives à la sentence qu'aux questions relatives à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé, sauf en présence d'une défense d'aliénation mentale ou de toute disposition législative spéciale qui exige le contraire.

f) *O'Malley v. French* (1971), 2 S.A.S.R. 110, qui suit les arrêts *R. v. Maitland* et *Law v. Deed*. Le juge Walters affirme (à la p. 112): [TRADUCTION]

negating the matters of mitigation put forward by him, the appellant was entitled to the benefit of any reasonable doubt upon the issue".

(g) *Weaver v. Samuels*, [1971] S.A.S.R. 116. This is another decision of Bray C.J. and the following appears at pp. 119 and 120 of the report: "The defendant must be given the benefit of any reasonable doubt on matters of penalty, as well as on matters of guilt or innocence, in the absence of any statutory provision to the contrary. The plea of guilty admits no more than the bare legal ingredients of the crime. Any dispute as to anything beyond this must be resolved on ordinary legal principles, including the presumption of innocence". Two other cases from South Australia, cases in which the test of beyond reasonable doubt was applied are *R. v. Thompson* (1975), 11 S.A.S.R. 217 and *R. v. Stehbens* (1976), 14 S.A.S.R. 240. See commentary on this latter case in (1977), 1 Crim. L. J. 217. The position would appear to be the same in New South Wales, *R. v. O'Neill*, [1979] 2 N.S.W. L.R. 582 and in the Australian Capital Territory, *Bierkowski v. Pearson* (1971), 18 F.L.R. 110.

(h) *Browne v. Smith* (1974), 4 A.L.R. 114, a decision of the Supreme Court of the Northern Territory adopting the principles enunciated in *Law v. Deed* and *R. v. Maitland*.

(i) *R. v. Browne*, [1950] N. I. L.R. 20, a decision of the Court of Criminal Appeal of Northern Ireland. In passing sentence in a manslaughter case the trial judge had said that it might well be that the prisoner had attempted to gas his wife before killing her and he referred to "a certain element of deliberation" on the part of the prisoner. On the appeal, Andrews L.C.J. said at p. 28):

> While the inference drawn by the learned judge is certainly a possibility, we do not think that it can be drawn with such a degree of certainty as to justify it in being taken into account against the accused man in assessing sentence.

«En l'absence d'éléments de preuve qui contredisent les circonstances atténuantes mentionnées par l'appelant, celui-ci a le droit de bénéficier de tout doute raisonnable sur la question».

g) *Weaver v. Samuels*, [1971] S.A.S.R. 116. Il s'agit là d'une autre décision du juge en chef Bray. Le passage suivant figure aux pages 119 et 120 du recueil: [TRADUCTION] «En l'absence de toute disposition législative contraire, l'accusé doit bénéficier de tout doute raisonnable sur les questions relatives à la sentence de même que sur les questions relatives à sa culpabilité ou à son innocence. L'aveu de culpabilité ne porte que sur les éléments essentiels de l'infraction. Toute contestation des autres éléments doit se régler selon les principes ordinaires du droit, y compris la présomption d'innocence». Deux autres décisions de l'Australie-Méridionale, où la norme hors de tout doute raisonnable a été appliquée, sont: *R. v. Thompson* (1975), 11 S.A.S.R. 217 et *R. v. Stehbens* (1976), 14 S.A.S.R. 240. Voir à propos de cette dernière affaire, le commentaire publié à (1977), 1 Crim. L. J. 217. La position adoptée semble la même en Nouvelle-Galles du Sud, *R. v. O'Neill*, [1979] 2 N.S.W. L.R. 582 et dans le Capital Territory de l'Australie, *Bierkowski v. Pearson* (1971), 18 F.L.R. 110.

h) *Browne v. Smith* (1974), 4 A.L.R. 114. Il s'agit d'un arrêt de la Cour suprême du Northern Territory, où on adopte les principes énoncés dans *Law v. Deed* et *R. v. Maitland*.

i) *R. v. Browne*, [1950] N. I. L.R. 20. Il s'agit d'un arrêt de la Cour d'appel de juridiction criminelle d'Irlande du Nord. En prononçant la sentence dans une affaire d'homicide involontaire coupable, le juge du procès avait affirmé qu'il se pouvait bien que l'accusé ait tenté d'asphyxier sa femme par le gaz avant de l'assassiner et il avait fait état [TRADUCTION] «d'un certain élément de préméditation» de la part de l'accusé. En appel, le juge en chef Andrews a affirmé (à la p. 28):

> [TRADUCTION] Même si la conclusion tirée par le savant juge est certes possible, nous ne croyons pas qu'elle puisse être tirée avec suffisamment de certitude pour pouvoir jouer contre l'accusé au moment d'évaluer sa sentence.

Another case from Northern Ireland which might have been mentioned is *R. v. McKee*, [1947] N. I. L.R. 27 in which the Court of Criminal Appeal held that if the accused disputes aggravating facts the Court should either leave the disputed matter out of account or else receive evidence upon it and reach a finding, the prisoner being given the benefit of any reasonable doubt. The Court added that the practice in England would appear to be similar.

C

Other Canadian Cases

To complete the review of the cases, it may be noted that the Alberta Supreme Court, Appellate Division, in *R. v. Pinder* (1923), 40 C.C.C. 272 considered that no exception could be taken to giving the benefit of the doubt to the accused. Some sixty years later in *R. v. Christopher* (unreported), the same Court applied *Cieslak* and the balance of probabilities.

In *R. v. Knight* (1975), 27 C.C.C. (2d) 343 Morden J. applied the "moral certainty", *i.e.* beyond reasonable doubt, test. In a recent unreported case of *R. v. Wettlaufer*[2], Judge Salhany held that before a judge should sentence an accused on the basis of the more culpable or aggravating theory advanced by the Crown, he should be satisfied beyond a reasonable doubt that the evidence supports that theory. This was consistent with the decision of the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Parenteau* (1980), 52 C.C.C. (2d) 188 in which Matas J.A. speaking for the Court said at p. 190):

> In our view, where the facts before the Court are presented by way of representations of counsel, and the accused denies important facts which go to the gravity of the offence, it is incumbent on the Crown to prove those facts beyond a reasonable doubt. There is no onus on the accused to call evidence to refute the statements made by Crown counsel. This is consistent with the general principle applicable in criminal prosecutions requiring the Crown to prove its case beyond a reasonable doubt.

[2] Summarized at 6 W.C.B. 311.

Une autre affaire d'Irlande du Nord qu'il aurait pu mentionner est *R. v. McKee*, [1947] N. I. L.R. 27 où la Cour d'appel de juridiction criminelle a statué que si l'accusé conteste les circonstances aggravantes, la Cour doit, soit ignorer les faits contestés, soit recueillir des éléments de preuve à leur sujet et se former un avis, en accordant à l'accusé le bénéfice de tout doute raisonnable. La Cour a ajouté que la pratique en Angleterre semble identique.

C

Autre jurisprudence canadienne

Pour compléter l'analyse de la jurisprudence, on peut souligner que la Cour suprême de l'Alberta, Division d'appel, dans *R. v. Pinder* (1923), 40 C.C.C. 272, a jugé qu'on ne pouvait apporter d'exception à l'octroi du bénéfice du doute à l'accusé. Quelque soixante années plus tard, dans l'arrêt *R. v. Christopher* (inédit), la même cour a appliqué l'arrêt *Cieslak* et la norme de la prépondérance des probabilités.

Dans la décision *R. v. Knight* (1975), 27 C.C.C. (2d) 343, le juge Morden a appliqué la norme de «la certitude morale» c.-à-d. la norme hors de tout doute raisonnable. Dans l'affaire récente et non publiée, *R. v. Wettlaufer*[2], le juge Salhany a conclu qu'avant d'imposer une sentence à un accusé en fonction de circonstances aggravantes ou d'une culpabilité accrue suivant les prétentions de la poursuite, le juge doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que la preuve appui ces prétentions. Cela est conforme à l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba *R. v. Parenteau* (1980), 52 C.C.C. (2d) 188, où le juge Matas, s'exprimant au nom de la cour, affirme (à la p. 190):

> [TRADUCTION] A notre avis, lorsque le substitut du procureur général expose les faits et que l'accusé conteste des faits importants qui ont une incidence sur la gravité de l'infraction, il incombe à la poursuite de prouver ces faits hors de tout doute raisonnable. L'accusé n'est aucunement tenu de présenter des témoignages pour réfuter l'exposé fait par le substitut du procureur général. Cela est conforme au principe général qui s'applique en matière de poursuites criminelles, en vertu duquel la poursuite doit établir sa preuve hors de tout doute raisonnable.

[2] Résumée à 6 W.C.B. 311.

In Quebec, Barrette-Joncas J. in *obiter* in *R. v. Dimora* (1978), 45 C.C.C. (2d) 96 followed *Cieslak*. In *R. v. Boileau; R. v. Lepine* (1979), 50 C.C.C. (2d) 189 Hugessen J. applied the standard of proof of beyond reasonable doubt.

In the only other Canadian case to which I would refer *R. v. Davis and Fancie* (1976), 15 N.S.R. (2d) 461 the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court said, at p. 463 of the report: "Giving the respondents the benefit of all doubt, the fact remains that . . . "

D

English and Other Cases

Two unreported cases to which we have been referred suggest that the test of beyond reasonable doubt has been applied in England. In *R. v. Sadler* (decided November 22, 1973) Lord Justice Scarman said:

> This Court takes the view that in those circumstances the benefit of the doubt must be given to the Appellant. Clearly he must be punished. But, equally clearly, his punishment must take into account the benefit of the doubt which this Court believes should in these circumstances be accorded to him.

In *R. v. Miller, Vella and Walker* (decided December 2, 1974) Lord Justice Lawton said:

> We do not agree that the learned Judge was bound to approach the matter on the basis of what was put before him in mitigation. He was entitled to assess the probabilities on such information as he had. He had to bear in mind, of course, that if there was any doubt that doubt had to be resolved in favour of the accused.

In the later case of *R. v. Taggart* (1979), 1 Cr. App. R. (S.) 144, Mr. Justice Gibson, speaking for the Court of Criminal Appeal, referred to the guilty plea and the sharp difference between the facts of the wounding as the prosecution put them forward and the basis of the plea as stated by Taggart. The judge said (at p. 149):

> As is well known, there are various methods of dealing with this difficulty when it arises. The judge is not bound to approach the matter on the basis of what is put forward before him in mitigation. He is entitled to

Au Québec, dans un *obiter* qu'on trouve dans l'arrêt *R. v. Dimora* (1978), 45 C.C.C. (2d) 96, le juge Barrette-Joncas a suivi l'arrêt *Cieslak*. Dans l'arrêt *R. v. Boileau; R. v. Lépine* (1979), 50 C.C.C. (2d) 189, le juge Hugessen a appliqué la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable.

Dans la seule autre décision canadienne que je citerai, *R. v. Davis and Fancie* (1976), 15 N.S.R. (2d) 461, la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Ecosse affirme, à la p. 463 du recueil: [TRADUCTION] «Même si on accorde aux intimés le bénéfice du doute, il reste que. . .»

D

Jurisprudence anglaise et autre

Deux décisions inédites qu'on nous a mentionnées indiquent que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable a été appliquée en Angleterre. Dans *R. v. Sadler* (décision en date du 22 novembre 1973), lord Scarman dit ceci:

> [TRADUCTION] La Cour estime que dans ces circonstances l'appelant doit se voir accorder le bénéfice du doute. Il doit manifestement être puni. Mais sa peine doit aussi tenir compte du bénéfice du doute qui, selon cette Cour, doit lui être accordé dans les circonstances.

Dans la décision *R. v. Miller, Vella and Walker* (rendue le 2 décembre 1974), lord juge Lawton affirme:

> [TRADUCTION] Nous n'admettons pas que le savant juge était tenu d'aborder la question en fonction des circonstances atténuantes qui lui avaient été exposées. Il avait le droit d'évaluer les probabilités de véracité des renseignements dont il disposait. Il devait évidemment se rappeler que s'il y avait un doute quelconque, ce doute devait profiter à l'accusé.

Dans l'arrêt plus récent *R. v. Taggart* (1979), 1 Cr. App. R. (S.) 144, le juge Gibson, au nom de la Court of Criminal Appeal, mentionne l'aveu de culpabilité et la nette différence entre la version des circonstances entourant les coups et blessures présentée par la poursuite et celle donnée par Taggart en s'avouant coupable. Le juge affirme (à la p. 149):

> [TRADUCTION] Comme on le sait, il y a différentes manières d'aborder cette difficulté lorsqu'elle se présente. Le juge n'est pas tenu d'aborder la question en fonction des circonstances atténuantes qui lui sont pré-

determine the matter on the information before him but he will resolve any doubt in favour of the accused.

The author of a commentary upon *Taggart* and *Miller* in (1980) Crim. L. Rev. 248, concluded with these words (at p. 249):

> Apart from these decisions, it seems to follow from general principle that an offender should not be held accountable for facts unless they have been established against him to the same standard of evidence, irrespective of whether those facts are technically elements of the offence with which he is charged. A finding of fact which goes only to sentence can have consequences for the offender as grave as one which goes to guilt, and the same standard should apply in both cases.

Counsel for the respondent furnished the Court with judgments to which I need not refer in detail, from the Federal Supreme Court of Nyasaland (presently Malawi), the Courts of Appeal of East Africa, Hong Kong and New Guinea, all to the same effect. The standard to be applied is the criminal standard, beyond a reasonable doubt.

E

American Authorities

The appellant calls in aid an uneven line of American jurisprudence, which in my view is neither applicable in the Canadian context nor in this case. The decision most frequently quoted is *Williams v. New York*, 337 U.S. 241, 93 L ed 1337 (1949) which dealt with the admissibility of hearsay evidence at a sentencing hearing.

Several comments must be made with respect to this decision. First, the case and those following it, turned on the applicability of the due process clause of the American Constitution to sentencing hearings. As counsel for the respondent submits almost all American judicial pronouncements with respect to the burden of proof on sentencing are grounded in considerations of American constitutional protections, particularly those afforded by the "due process" clause. Due process bears a very different meaning in Canada than that which has been accorded the phrase in the United States, and

sentées. Il a le droit de trancher la question en fonction des renseignements dont il dispose, mais il doit faire en sorte que tout doute profite à l'accusé.

L'auteur d'un commentaire portant sur les décisions *Taggart* et *Miller*, publié à (1980) Crim. L. Rev. 248, conclut en ces termes (à la p. 249):

> [TRADUCTION] Outre ces arrêts, il paraît s'ensuivre, comme principe général, qu'on ne peut imputer des faits à un accusé à moins que ceux-ci ne soient prouvés contre lui selon la même norme de preuve, que ces faits soient ou non des éléments essentiels de l'infraction dont il est accusé. Une conclusion de fait relative à la sentence seulement peut avoir pour l'accusé des conséquences aussi graves qu'une conclusion de faits relative à sa culpabilité. La même norme de preuve doit s'appliquer dans les deux cas.

L'avocat de l'intimé a soumis à la Cour des arrêts, que je ne crois pas utile d'analyser en détail, provenant de la Cour suprême fédérale du Nyasaland (aujourd'hui le Malawi), des cours d'appel de l'Afrique-Orientale, de Hong Kong et de la Nouvelle-Guinée, qui abondent tous dans le même sens. La norme de preuve à appliquer est celle applicable en matière criminelle, savoir la norme hors de tout doute raisonnable.

E

Jurisprudence américaine

L'appelant invoque une jurisprudence américaine inconstante qui, à mon avis, n'est applicable ni au contexte canadien ni à l'espèce. L'arrêt le plus souvent cité est *Williams v. New York*, 337 U.S. 241, 93 L ed 1337 (1949) qui porte sur la recevabilité du ouï-dire à une audience relative à une sentence.

Il y a beaucoup à dire à propos de cet arrêt. D'abord, cet arrêt et ceux qui l'ont suivi portent sur l'applicabilité, à l'audience relative à la sentence, de la clause relative à l'application régulière de la loi incluse dans la Constitution américaine. Comme le souligne l'avocat de l'intimé, presque toutes les décisions judiciaires américaines qui portent sur le fardeau de la preuve en matière de sentence sont fondées sur des éléments de protection inclus dans la Constitution américaine, notamment ceux qu'offre la clause relative à «l'application régulière de la loi». L'application régu-

consequently American jurisprudence with respect to the proper quantum of proof on sentencing is an inappropriate model for Canadian emulation, *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889. The controversy surrounding the applicability of the due process clause to sentencing hearings has served to accentuate, in the United States, the division in the trial process before and after conviction. In Canada, there is no such controversy. Rights equivalent to those provided under the due process clause in the United States are here guaranteed at sentencing by statute. In addition, the *Williams* decision has been severely questioned in the United States and there are signs that the due process clause is finding some applicability in the sentencing process (see *United States* v. *Fatico*, 458 F. Supp. 388 (1978); *Gardner v. Florida*, 430 U.S. 349, 51 L Ed 2d 393 (1977); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 49 L Ed 2d 859 (1976); "Procedural Due Process at Judicial Sentencing for Felony" (1968), 81 Harv. L. Rev. 821).

Secondly, the *Williams* decision dealt with the admissibility of hearsay evidence at sentencing. Arguments militating for a relaxation at a sentencing hearing of the rules dealing with the admissibility of evidence at trial do not necessarily support a reduction of the criminal standard of proof from beyond a reasonable doubt to a preponderance of credible evidence.

F

The Principles

Sentencing is part of a fact finding, decision-making process of the criminal law. Sir James Fitzjames Stephen, writing in 1863 said that "the sentence is the gist of the proceeding. It is to the trial what the bullet is to the powder" (quoted in Olah, "Sentencing: The Last Frontier of the Criminal Law" (1980), 16 C.R. (3d) 97, at p. 98). The statement is equally true today.

lière de la loi a au Canada un sens très différent de celui donné à cette expression aux Etats-Unis. En conséquence, la jurisprudence américaine relative à la norme de preuve à appliquer en matière de sentence ne peut servir de modèle au Canada, *Curr c. La Reine*, [1972] S.C.R. 889. La controverse qui entoure l'applicabilité de la clause relative à l'application régulière de la loi à l'audience relative à la sentence a servi à accentuer, aux Etats-Unis, la coupure entre le processus judiciaire qui précède la déclaration de culpabilité et celui qui la suit. Cette controverse n'existe pas au Canada. Les droits comparables à ceux que la clause relative à l'application régulière de la loi accorde aux Etats-Unis sont ici garantis par la loi au cours du processus de sentence. De plus, l'arrêt *Williams* a été sévèrement critiqué aux Etats-Unis et il semblerait que la clause relative à l'application régulière de la loi commence à s'appliquer au processus de sentence (voir *United States v. Fatico*, 458 F. Supp. 388 (1978); *Gardner v. Florida*, 430 U.S. 349, 51 L Ed 2d 393 (1977); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 49 L Ed 2d 859 (1976); «Procedural Due Process at Judicial Sentencing for Felony» (1968), 81 Harv. L. Rev. 821).

En second lieu, l'arrêt *Williams* porte sur la recevabilité du ouï-dire au cours du processus de sentence. Les arguments en faveur de l'assouplissement, pour les audiences relatives à la sentence, des règles de recevabilité de la preuve applicables aux procès n'appuient pas nécessairement le passage de la norme hors de tout doute raisonnable applicable à la preuve en matière criminelle, à la norme de la prépondérance des éléments de preuve crédibles.

F

Les principes

La détermination de la sentence fait partie d'un processus décisionnel du droit criminel. Sir James Fitzjames Stephen a écrit en 1863 que [TRADUCTION] «la sentence constitue l'essence même de la procédure. Elle est au procès ce que le boulet est à la poudre» (cité par Olah dans «Sentencing: The Last Frontier of The Criminal Law» (1980), 16 C.R. (3d) 97, à la p. 98). Cet énoncé est encore vrai de nos jours.

One of the hardest tasks confronting a trial judge is sentencing. The stakes are high for society and for the individual. Sentencing is the critical stage of the criminal justice system, and it is manifest that the judge should not be denied an opportunity to obtain relevant information by the imposition of all the restrictive evidential rules common to a trial. Yet the obtaining and weighing of such evidence should be fair. A substantial liberty interest of the offender is involved and the information obtained should be accurate and reliable.

It is a commonplace that the strict rules which govern at trial do not apply at a sentencing hearing and it would be undesirable to have the formalities and technicalities characteristic of the normal adversary proceeding prevail. The hearsay rule does not govern the sentencing hearing. Hearsay evidence may be accepted where found to be credible and trustworthy. The judge traditionally has had wide latitude as to the sources and types of evidence upon which to base his sentence. He must have the fullest possible information concerning the background of the accused if he is to fit the sentence to the offender rather than to the crime.

It is well to recall in any discussion of sentencing procedures that the vast majority of offenders plead guilty. Canadian figures are not readily available but American statistics suggest that about 85 percent of the criminal defendants plead guilty or *nolo contendere*. The sentencing judge therefore must get his facts after plea. Sentencing is, in respect of most offenders, the only significant decision the criminal justice system is called upon to make.

It should also be recalled that a plea of guilty, in itself, carries with it an admission of the essential legal ingredients of the offence admitted by the plea, and no more. Beyond that any facts relied upon by the Crown in aggravation must be established by the Crown. If undisputed, the procedure

Une des tâches les plus difficiles que le juge du procès doit remplir est la détermination de la sentence. Les enjeux sont importants pour l'individu et la société. La détermination de la sentence constitue une étape décisive du système de justice pénale et il est manifeste qu'on ne doit pas enlever au juge la possibilité d'obtenir des renseignements pertinents en imposant toutes les restrictions des règles de preuve applicables à un procès. D'autre part, il faut que le rassemblement et l'évaluation de ces éléments de preuve soient justes. La liberté de l'accusé en dépend largement et il faut que les renseignements fournis soient exacts et sûrs.

Tout le monde sait que les règles strictes qui régissent le procès ne s'appliquent pas à l'audience relative à la sentence et il n'est pas souhaitable d'imposer la rigueur et le formalisme qui caractérisent normalement notre système de procédures contradictoires. La règle interdisant le ouï-dire ne s'applique pas aux audiences relatives aux sentences. On peut recevoir des éléments de preuve par ouï-dire s'ils sont crédibles et fiables. Jusqu'ici, le juge a joui d'une grande latitude pour choisir les sources et le genre de preuves sur lesquelles il peut fonder sa sentence. Il doit disposer des renseignements les plus complets possibles sur les antécédents de l'accusé pour déterminer la sentence en fonction de l'accusé plutôt qu'en fonction de l'infraction.

Il ne faut pas perdre de vue, dans l'étude des procédures de détermination des sentences, que la plupart des accusés avouent leur culpabilité. Les chiffres ne sont pas disponibles pour le Canada, mais d'après les données américaines, environ 85 pour 100 des accusés en matière criminelle avouent leur culpabilité ou ne présentent pas de défense. Le juge qui prononce la sentence doit donc être instruit des faits après la déclaration de culpabilité. Pour la plupart des accusés, la sentence est la seule décision importante que la justice pénale est appelée à rendre.

Il ne faut pas oublier non plus que l'aveu de culpabilité comporte en soi l'aveu des éléments juridiques essentiels de l'infraction en question, mais rien de plus. La poursuite doit prouver toutes les circonstances aggravantes qu'elle invoque et qui ne sont pas visées par cet aveu. Si ces circonstances

can be very informal. If the facts are contested the issue should be resolved by ordinary legal principles governing criminal proceedings including resolving relevant doubt in favour of the offender.

To my mind, the facts which justify the sanction are no less important than the facts which justify the conviction; both should be subject to the same burden of proof. Crime and punishment are inextricably linked. "It would appear well established that the sentencing process is merely a phase of the trial process" (Olah, *supra*, at p. 107). Upon conviction the accused is not abruptly deprived of all procedural rights existing at trial: he has a right to counsel, a right to call evidence and cross-examine prosecution witnesses, a right to give evidence himself and to address the court.

In *S. v. Manchester City Recorder*, [1969] 3 All E. R. 1230 the suggestion was made that a court might be *functus officio* in the use of its powers to convict or acquit, as distinct from its powers to sentence. Lord Reid found this proposition to be both novel and erroneous, adding at p. 1233:

> In my judgment magistrates have only one officium—to carry the case before them to a conclusion. There is no reason to divide up their functions and hold that at some stage in the proceedings one officium comes to an end and another begins.

In my view, both the informality of the sentencing procedure as to the admissibility of evidence and the wide discretion given to the trial judge in imposing sentence are factors militating in favour of the retention of the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt at sentencing.

> [B]ecause the sentencing process poses the ultimate jeopardy to an individual enmeshed in the criminal process, it is just and reasonable that he be granted the protection of the reasonable doubt rule at this vital juncture of the process [Olah, *supra*, at p. 121].

ne sont pas contestées, la procédure peut être très peu formaliste. Si elles le sont, la question doit se régler selon les principes juridiques ordinaires qui régissent les procédures en matière criminelle, notamment le principe portant que tout doute pertinent doit profiter à l'accusé.

Pour moi, les faits qui justifient la peine ne sont pas moins importants que ceux qui justifient la déclaration de culpabilité; les deux devraient être soumis à la même norme de preuve. L'infraction et la peine sont inextricablement liées. [TRADUCTION] «Il semble bien établi que le processus de sentence n'est qu'une phase du procès» (Olah, précité, à la p. 107). L'accusé n'est pas soudainement privé, dès sa déclaration de culpabilité, de tous les droits dont il dispose en matière de procédure lors du procès: il a le droit d'être représenté par un avocat, de citer des témoins et de contre-interroger les témoins de la poursuite, ainsi que de témoigner lui-même et de plaider auprès du tribunal.

Dans *S. v. Manchester City Recorder*, [1969] 3 All E.R. 1230, on a laissé entendre que la cour pouvait être dépouillée de son pouvoir de déclarer coupable ou d'acquitter, mais non de celui de prononcer la sentence. Lord Reid a jugé que cette affirmation était à la fois nouvelle et erronée, et il a ajouté à la p. 1233:

> [TRADUCTION] A mon avis, les magistrats n'ont qu'une seule fonction — mener à terme la cause qui leur est soumise. Il n'y a aucune raison de scinder leurs fonctions et de conclure qu'à une certaine étape des procédures une fonction prend fin et une autre commence.

A mon sens, aussi bien le caractère non formaliste du processus de sentence quant à la recevabilité de la preuve que le large pouvoir discrétionnaire dont dispose le juge du procès quant à l'imposition de la sentence sont des facteurs qui militent en faveur du maintien de la norme de preuve en matière criminelle, c.-à-d. la preuve hors de tout doute raisonnable, lors du processus de sentence.

> [TRADUCTION] Parce que le processus de sentence constitue le danger ultime pour une personne aux prises avec la justice, il est juste et raisonnable qu'on lui accorde la protection de la règle du doute raisonnable à ce stade critique de la procédure [Olah, précité, à la p. 121].

The rationale of the argument of the Crown for the acceptance of a lesser standard of proof is administrative efficiency. In my view, however, the administrative efficiency argument is not sufficient to overcome such a basic tenet suffusing our entire criminal justice system as the standard of proof beyond a reasonable doubt. I am by no means convinced that if the standard of proof were lowered, conservation of judicial resources would be enhanced. In the event of a serious dispute as to facts, it would be in the interests of the accused to plead not guilty in order to benefit at trial from the higher standard of reasonable doubt. This would not only be destructive of judicial economy but at the same time prejudicial to whatever mitigating effect might have come from a guilty plea, as evidence of remorse. There would seem in principle no good reason why the sentencing judge in deciding disputed facts should not observe the same evidentiary standards as we demand of juries. In *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525 Pigeon J., dealing with an issue involving conviction, observed (at p. 550):

> In my view, there are in our criminal law only three standards of evidence:
>
> 1. Proof beyond a reasonable doubt which is the standard to be met by the Crown against the accused;
>
> 2. Proof on a preponderance of the evidence or a balance of probabilities which is the burden of proof on the accused when he has to meet a presumption requiring him to establish or to prove a fact or an excuse;
>
> 3. Evidence raising a reasonable doubt which is what is required to overcome any other presumption of fact or of law.

The civil test only comes into play when the accused has to meet a presumption and it operates in favour of the accused.

I can see no good purpose served by the alternate Crown submission, namely, the adoption of a third standard of proof, "clear and convincing" evidence, in Canadian law. I agree with the remarks of Lord Tucker in *Dingwall v. J. Wharton (Shipping), Ltd.*, [1961] 2 Lloyd's Rep. 213 at p. 216:

> ... I am quite unable to accede to the proposition that there is some intermediate onus between that which is

Le fondement de l'argument de la poursuite en faveur de l'adoption d'une norme de preuve moins stricte est l'efficacité administrative. A mon avis, l'argument de l'efficacité administrative ne suffit cependant pas à écarter le principe aussi fondamental qui imprègne tout notre système de justice pénale qu'est la norme de preuve hors de tout doute raisonnable. Je ne suis absolument pas convaincu que si l'on abaissait la norme de preuve, nous favoriserions l'économie des ressources judiciaires. Si les faits sont sérieusement contestés, l'accusé aurait intérêt à nier sa culpabilité afin de profiter, lors du procès, de la norme plus stricte du doute raisonnable. En plus d'être préjudiciable à l'économie judiciaire, cela nuirait à l'effet d'atténuation qu'aurait pu avoir l'aveu de culpabilité comme signe de regret. Il ne semble y avoir, en principe, aucun motif valable pour le juge qui fixe la sentence de ne pas se soumettre, dans la détermination des faits contestés, aux mêmes normes de preuve que celles imposées au jury. Dans l'arrêt *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525, le juge Pigeon fait remarquer à propos d'une question relative à la déclaration de culpabilité (à la p. 550):

> A mon avis, notre droit criminel ne connaît que trois normes de preuve:
>
> 1. La preuve au-delà de tout doute raisonnable qui est la norme de ce que le ministère public doit établir contre l'accusé;
>
> 2. La preuve selon la prépondérance de la preuve ou des probabilités qui est le fardeau qui incombe à l'accusé lorsqu'il doit faire face à une présomption qui l'oblige à établir ou à prouver un fait ou une excuse;
>
> 3. La preuve soulevant un doute raisonnable qui est celle qu'il faut faire pour repousser toute autre présomption de fait ou de droit.

La norme en matière civile s'applique seulement lorsque l'accusé doit repousser une présomption et elle joue en faveur de l'accusé.

Je ne puis voir d'utilité à la proposition subsidiaire de la poursuite visant notamment l'adoption en droit canadien d'une troisième norme de preuve, savoir la preuve «claire et convaincante». Je suis d'accord avec lord Tucker lorsqu'il fait observer dans l'arrêt *Dingwall v. J. Wharton (Shipping), Ltd.*, [1961] 2 Lloyd's Rep. 213, à la p. 216:

> [TRADUCTION] ... Il m'est tout à fait impossible de me rallier à l'affirmation qu'il existe une norme intermé-

required in criminal cases and the balance of probability which is sufficient in timeous civil actions.

In conclusion, I see no justification for the introduction of the complexity and confusion which would inevitably follow upon the acceptance of standards of proof varying from trial to sentence.

I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed*, LASKIN C.J. *and* ESTEY *and* MCINTYRE JJ. *dissenting on the question of jurisdiction.*

*Solicitor for the appellant: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Ruby & Edwardh, Toronto.*

diaire entre celle qui est imposée dans les affaires criminelles et la prépondérance des probabilités qui est suffisante dans les actions civiles.

En définitive, je suis d'avis que rien ne justifie l'introduction de la confusion et de la complexité qui résulteraient nécessairement de l'application de normes de preuve différentes pour le procès et pour la détermination de la sentence.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté, le juge en chef* LASKIN *et les juges* ESTEY *et* MCINTYRE *sont dissidents sur la question de la compétence.*

*Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Ruby & Edwardh, Toronto.*

**Victor Amato** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

File No.: 16053.

1981: May 20; 1982: August 9.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Defences — Entrapment — Trafficking conviction — Conviction resulting from incidents instigated by undercover officer — Whether or not defence of entrapment existed and applicable — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 7(3).*

This appeal was from appellant's conviction of trafficking in cocaine. An undercover policeman and an informer had repeatedly and persistently requested drugs from appellant, at home and at work, over the course of two months despite his lack of interest and despite the absence of no reasonable cause to believe him to be involved in the illicit drug trade. A certain friendship developed during that time, and eventually, appellant reluctantly put the two men in contact with a supplier. The charges laid related to one occasion where cocaine passed from the supplier, through appellant to the undercover officer and to a second occasion where the drugs passed directly from the supplier to the officer following an implied threat of violence made to appellant. Arguments as to whether the "defence of entrapment" existed, and if so, as to whether it applied here, were considered at trial and on appeal.

*Held* (Laskin C.J. and Estey, McIntyre and Lamer JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Martland, Dickson, Beetz and Chouinard JJ.: The defence of entrapment, assuming it to be available under Canadian law, did not arise on the facts of this case that was the unanimous conclusion of the four British Columbia judges who had already considered the matter. This Court should not retry the case and arrive at different findings.

**Victor Amato** *Appelant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

N° du greffe: 16053.

1981: 20 mai; 1982: 9 août.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

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

*Droit criminel — Moyens de défense — Provocation policière — Déclaration de culpabilité relativement à une accusation de trafic — La déclaration de culpabilité résulte d'événements provoqués par un agent secret — La défense de provocation policière existe-t-elle et est-elle applicable? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 7(3).*

Le présent pourvoi attaque la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant relativement à une accusation de trafic de cocaïne. Pendant deux mois, un agent secret et un indicateur ont demandé à l'appelant, de façon répétée et persistante, chez-lui et à son travail, de leur fournir des drogues, bien qu'il ne fût pas intéressé à le faire et malgré l'absence de tout motif raisonnable de croire qu'il avait des liens avec le trafic de la drogue. Une certaine amitié s'est établie au cours de cette période, et finalement, l'appelant a accepté à contre-coeur de mettre les deux hommes en contact avec un fournisseur. Les accusations portées se rapportent à une opération par laquelle de la cocaïne est passée du fournisseur à l'agent secret par l'intermédiaire de l'appelant et à une deuxième opération dans laquelle des drogues sont passées directement du fournisseur au policier suite à une menace de violence implicite. Le premier juge et la Cour d'appel ont examiné le point de savoir si la «défense de provocation policière» existe et, le cas échéant, si elle s'applique en l'espèce.

*Arrêt* (le juge en chef Laskin et les juges Estey, McIntyre et Lamer sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*Les* juges Martland, Dickson, Beetz, et Chouinard: Les faits en l'espèce ne justifient pas la défense de provocation policière, même si l'on présume qu'elle existe en droit canadien. Les quatre juges de la Colombie-Britannique qui ont entendu l'affaire ont conclu unanimement en ce sens. Cette Cour n'a pas à reprendre le procès et à tirer des conclusions différentes.

*Per* Ritchie J.: The question of entrapment can only enter into the determination of an accused's guilt or innocence where police tactics are such as to leave no room for the formation of independent criminal intent by the accused. The mere fact that the crime was committed at the "solicitation" of an *agent provocateur* does not, standing alone, support a defence of entrapment. The defence of entrapment might have been supported here if the accused had been coerced to cooperate with the police plan under the threat of violence.

*Per* Laskin C.J. and Estey, McIntyre and Lamer JJ., *dissenting*: The doctrine of entrapment is rooted in the common law's recognition of the need for some element of judicial control and should be recognized and applied here. Section 7(3) of the *Criminal Code* allows the criminal courts to adopt common law defences; those defences did not crystallize when the statute was enacted. Indeed, as entrapment may not technically be a defence in that it results in a stay of prosecution rather than an acquittal, reliance on s. 7(3) might be unnecessary. The doctrine's principal characteristics are: 1) that the police instigate an offence and through their conduct ensnare the accused into committing it; 2) that the scheme be to gain evidence for the prosecution of the accused for the instigated crime; and 3) that the crime be induced through deceit, fraud, trickery, reward or other means. The scheme must be in all circumstances so shocking and outrageous as to bring the administration of justice into disrepute. The doctrine is not applicable where the true purpose of the police initiative is to put the enforcement officers in a position to obtain evidence of an offence when committed, absent the other circumstances noted. Here, this shocking and outrageous enterprise was earmarked with all the trappings of entrapment.

[*R. v. Mealey and Sheridan* (1974), 60 Crim. App. R. 59; *Sorrells v. United States* (1932), 287 U.S. 435; *United States v. Russell* (1973), 411 U.S. 423; *Kirzner v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 487; *Lemieux v. The Queen*, [1967] S.C.R. 492, considered; *Sherman v. United States* (1958), 356 U.S. 369; *R. v. Ormerod*, [1969] 2 O.R. 230, referred to.]

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1979), 51 C.C.C. (2d) 401, 12 C.R. (3d) 386, dismissing an appeal from a conviction of trafficking in cocaine. Appeal dis-

*Le* juge Ritchie: La question de la provocation policière ne peut avoir une incidence sur la détermination de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé que lorsque les tactiques de la police ne laissent pas de place à la formation d'une intention criminelle indépendante chez l'accusé. Le simple fait qu'un crime a été commis à l'«instigation» d'un agent provocateur ne peut, en soi, justifier une défense de provocation policière. En l'espèce, la défense de provocation policière aurait pu être bien fondée si l'accusé avait été forcé, par des menaces de violence, de collaborer au plan de la police.

*Le* juge en chef Laskin et les juges Estey, McIntyre et Lamer, *dissidents*: La doctrine de la provocation policière trouve sa source dans la *common law* qui reconnaît la nécessité de certains éléments de contrôle judiciaire; elle devrait être admise et appliquée en l'espèce. Le paragraphe 7(3) du *Code criminel* permet aux cours de juridiction criminelle d'adopter les moyens de défense de *common law*; ces moyens de défense n'étaient pas fixés au moment de l'adoption du *Code*. Certes, puisque la provocation policière n'est pas, du point de vue de la procédure, un moyen de défense puisqu'elle entraîne une suspension des procédures plutôt qu'un acquittement, il peut ne pas être nécessaire d'invoquer le par. 7(3). Les principales caractéristiques de cette doctrine sont: 1) que la police a provoqué l'infraction et a, par sa conduite, incité l'accusé à la commettre; 2) que le but du plan doit être de trouver des preuves en vue de poursuivre l'accusé pour le crime qui a été provoqué; et 3) que le crime doit résulter de la tromperie, de la fraude, de la supercherie, d'une récompense ou d'autres moyens. Cette machination doit dans tous les cas être si révoltante et si indigne qu'elle ternit l'image de la justice. Cette doctrine ne s'applique pas lorsque le but véritable de l'action policière est de permettre aux policiers d'obtenir la preuve d'une infraction lorsqu'elle est commise, en l'absence des autres circonstances déja énumérées. En l'espèce, cette opération révoltante et indigne était empreinte de tous les pièges de la provocation policière.

[Jurisprudence: arrêts examinés: *R. v. Mealey and Sheridan* (1974), 60 Crim. App. R. 59; *Sorrells v. United States* (1932), 287 U.S. 435; *United States v. Russell* (1973), 411 U.S. 423; *Kirzner c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 487; *Lemieux c. La Reine*, [1967] R.C.S. 492; arrêts mentionnés: *Sherman v. United States* (1958), 356 U.S. 369; *R. v. Ormerod*, [1969] 2 O.R. 230.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1979), 51 C.C.C. (2d) 401, 12 C.R. (3d) 386, qui a rejeté un appel à l'encontre d'une déclaration de culpabilité relative-

missed, Laskin C.J. and Estey, McIntyre and Lamer JJ. dissenting.

*Sidney B. Simons*, for the appellant.

*John Scollin, Q.C.*, and *Cory Stolte*, for the respondent.

The reasons of Laskin C.J. and Estey, McIntyre and Lamer JJ. were delivered by

ESTEY J. (*dissenting*)—The appellant was charged with two counts of trafficking in cocaine on or about October 3 and October 13, 1977. At his trial before McGivern P.C.J. the sale of the cocaine to an R.C.M.P. undercover agent was admitted. The defence raised was entrapment.

In June of 1977 the accused was employed as a hairdresser in North Vancouver. He was approached by the manager of the shop, one André, who said that he had a friend who was looking for a gram of cocaine. Amato responded that he did not think he knew of anyone from whom it could be obtained. Amato's evidence, which I shall now summarize, is that he had never used cocaine nor trafficked in it. Two days later, André's friend, who identified himself as Don, called Amato at work. Amato told Don that he didn't really know where he could obtain cocaine but as Don was a friend of André he would keep his ears open. Shortly thereafter Amato switched places of employment to another hairdressing salon. Don called him there repeating his earlier request and saying that he had obtained his number from André.

Don was in fact Don Langvin, a paid police informer whose job was to introduce traffickers to the police. He is himself known as a trafficker who was granted immunity from prosecution in relation to an incident where he was found in possession of three ounces of heroin. He was also paid $200 a week and received a lump sum of $9,500 to assist in relocating at the end of the operation. Over the period during which he was involved with Amato, Langvin did not carry a recording device or make any written notes or reports. He reported verbally

ment à une accusation de trafic de cocaïne. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et les juges Estey, McIntyre et Lamer sont dissidents.

*Sidney B. Simons*, pour l'appelant.

*John Scollin, c.r.*, et *Cory Stolte*, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Laskin et des juges Estey, McIntyre et Lamer rendus par

LE JUGE ESTEY (*dissident*)—L'appelant a été accusé, sous deux chefs, d'avoir fait le trafic de cocaïne le 3 octobre et le 13 octobre 1977 ou vers ces dates. A son procès devant le juge McGivern de la Cour provinciale, la vente de cocaïne à un agent secret de la G.R.C. a été admise. L'accusé a soulevé la défense de provocation policière.

Au mois de juin 1977, l'accusé travaillait comme coiffeur à North Vancouver. Il a été approché par le gérant du salon, un nommé André, qui a dit qu'un de ses amis cherchait à obtenir un gramme de cocaïne. Amato a répondu qu'il ne croyait pas connaître de personnes susceptibles d'en fournir. Dans son témoignage, que je résume ici, Amato affirme qu'il n'avait jamais consommé ni fait le trafic de cocaïne. Deux jours plus tard, l'ami d'André, qui a dit s'appeler Don, a appelé Amato au travail. Amato a dit à Don qu'il ne savait pas vraiment où il pourrait se procurer de la cocaïne mais que, puisque Don était un ami d'André, il ouvrirait l'oeil. Peu de temps après, Amato est allé travailler à un autre salon de coiffure. Don l'y a appelé pour réitérer sa demande et a dit qu'il avait obtenu son numéro de téléphone d'André.

Don était en fait Don Langvin, un indicateur payé par la police qui avait pour tâche de dénoncer les trafiquants à la police. Il est lui-même un trafiquant connu à qui on a accordé l'immunité dans une poursuite relative à un incident dans lequel il a été trouvé en possession de trois onces d'héroïne. On lui versait en outre $200 par semaine et il devait recevoir une somme forfaitaire de $9,500 pour l'aider à s'établir ailleurs à la fin de l'opération. Tout le temps qu'il a été en contact avec Amato, Langvin n'a pas utilisé d'enregis-

to his "handler" who for most of the time was Constable Godwin of the R.C.M.P. Godwin has no notes nor any recollection of reports made to him by Langvin of his dealings with Amato prior to October 3 some four months after Langvin's first contact with Amato. Godwin and Langvin were meeting three or four times per week over this period. In response to the trial judge's repeated inquiries, the Crown stated that Langvin could not be located to testify. Here I have summarized and inserted in the course of Amato's evidence some testimony given by Godwin.

When Langvin called Amato at his new place of work back in June he was told by Amato that André was mistaken if he thought he could be counted on to obtain cocaine. Langvin responded that he did not know many people in North Vancouver, that he had to go through André, that he was very desperate to "score" a gram and that he had been looking for some time without success. Langvin continued to call Amato through the summer. Between the third week in June and early September he called at least fifteen to twenty times, mostly at work. In August he came to Amato's work place and asked him to join him for a coffee and to look at his car. Langvin owned an antique Rover which interested Amato because he thought Langvin had connections and Amato claims he hoped to own one some day. Amato describes the relationship between him and Langvin at that time in his examination-in-chief at trial:

> Q. And did you have any intention of obtaining cocaine for him or selling it to him?
>
> A. Not at all. I was just trying to be a friend with him because he—he seemed like a very clean-cut kid and he—he just seemed like a person that I could probably benefit from because he had deals on cars and things like that, but he seemed like an all 'round nice guy. To me it didn't—didn't dawn on me.

In the first part of September Langvin visited twice at Amato's apartment to discuss a party which was being held at the end of the month. Langvin had some friends coming from California

treuse ni n'a rédigé de notes ou de rapports écrits. Il faisait ses rapports verbalement à son «supérieur» qui était la plupart du temps l'agent Godwin de la G.R.C. Godwin n'a pas pris de notes et ne se souvient pas des rapports que lui a faits Langvin de ses relations avec Amato avant le 3 octobre, environ quatre mois après le premier contact de Langvin avec Amato. Au cours de cette période, Godwin et Langvin se rencontraient trois ou quatre fois par semaine. En réponse aux demandes répétées du juge du procès, la poursuite a dit qu'on ne pouvait trouver Langvin pour le faire témoigner. J'ai résumé ici et inséré dans le témoignage d'Amato une partie du témoignage de Godwin.

Lorsque Langvin a appelé Amato à son nouveau lieu de travail au mois de juin, Amato lui a dit qu'André se trompait s'il croyait qu'on pouvait compter sur lui pour obtenir de la cocaïne. Langvin a répondu qu'il connaissait peu de gens à North Vancouver, qu'il lui fallait passer par André, qu'il lui fallait absolument «toucher» un gramme et qu'il avait cherché en vain pendant un certain temps. Langvin a continué à appeler Amato au cours de l'été. Entre la troisième semaine de juin et le début de septembre, il l'a appelé au moins quinze à vingt fois, surtout au travail. Au mois d'août, il est venu voir Amato à son travail et lui a offert d'aller prendre un café et d'examiner sa voiture. Langvin possédait une ancienne Rover qui intéressait Amato parce qu'il croyait que Langvin avait des contacts, et Amato dit avoir espéré en posséder une un jour. Dans son interrogatoire principal au procès, Amato décrit comme suit les rapports qu'il avait à l'époque avec Langvin:

> [TRADUCTION] Q. Aviez-vous l'intention de lui procurer de la cocaïne ou de lui en vendre?
>
> R. Absolument pas. Je voulais simplement être son ami parce qu'il avait l'air d'un garçon très bien, il me semblait être une personne qui pouvait m'être utile parce qu'il avait de bonnes occasions pour des autos et des choses de ce genre, mais il avait l'air d'un type très bien. Cela ne m'est pas venu à l'esprit.

Au début du mois de septembre, Langvin s'est rendu deux fois à l'appartement d'Amato pour parler d'une soirée qui devait avoir lieu à la fin du mois. Des amis de Langvin venaient de Californie

and said they wanted some cocaine for the party. Amato said he would ask amongst his friends to see if he could "turn him on to someone". He asked some hairdresser friends but they could not come up with anything.

In mid-August Amato called June Lee to ask if she could help to obtain some cocaine. She is an ex-girlfriend with whom Amato had lived for three years but they had broken off their relationship two and a half years previous to this time. Amato says he turned to June Lee because her brother was involved with heroin. Amato wanted her to contact her brother's girlfriend as he believed her to have some contact in the drug business. June Lee wasn't interested but Amato called her back three or four times over the next month. She did not want to "stick her neck out". By mid-September June Lee changed her mind and arrangements were made to sell one gram of cocaine to Langvin for $100. Amato met Langvin in a parking lot, took the $100, went to June Lee's place and returned with the cocaine for Langvin. Amato received no money or cocaine from the transaction. This first transaction was in September.

When Amato delivered the first gram to Langvin the latter raised the possibility of getting a half ounce for his friends who were coming from California for the party. Amato refused but Langvin called him the next day at work. Amato said he had done it only as a favour and told Langvin he was scared by the whole thing. Langvin continued to call Amato daily at the shop. Amato refused repeatedly. On October 3 Langvin came to Amato's shop where they went out behind it and after talking about cars Langvin told Amato that the friends from California had arrived. Amato was asked if he could do everything in his power to get some more cocaine. He called June Lee who refused and hung up. He called her back and pressed her to do "a last little favour". After a few calls she agreed to provide a half ounce of cocaine for $1,100. Langvin and Amato were to meet in a parking lot but when Langvin showed up he had his friend Gary (who was in fact Godwin) with him. Amato refused to go through with the deal at first but he was reassured that Godwin was "cool"

et il a dit qu'ils voulaient de la cocaïne pour la soirée. Amato a dit qu'il demanderait à ses amis pour voir s'il pourrait «lui indiquer quelqu'un». Il s'est adressé à des amis coiffeurs, mais ça n'a rien donné.

A la mi-août, Amato a appelé June Lee pour lui demander si elle pouvait l'aider à se procurer de la cocaïne. C'est une ancienne amie qui avait vécu trois ans avec Amato, mais ils étaient alors séparés depuis deux ans et demi. Amato dit qu'il a communiqué avec June Lee parce que le frère de cette dernière consommait de l'héroïne. Amato voulait qu'elle communique avec l'amie de son frère parce qu'il croyait qu'elle avait certains contacts dans le milieu de la drogue. June Lee n'était pas intéressée, mais Amato l'a rappelée trois ou quatre fois au cours du mois suivant. Elle ne voulait pas se «mouiller». Vers la mi-septembre, June Lee a changé d'avis et on a organisé la vente d'un gramme de cocaïne à Langvin pour $100. Amato a rencontré Langvin dans un stationnement, a pris les $100, s'est rendu chez June Lee et est revenu porter la cocaïne à Langvin. Amato n'a reçu ni argent ni cocaïne pour l'opération. Cette première opération a eu lieu au mois de septembre.

Lorsque Amato a livré le premier gramme à Langvin, ce dernier a soulevé la possibilité d'obtenir une demi-once pour ses amis qui venaient de Californie pour la soirée. Amato a refusé mais Langvin l'a appelé le lendemain au travail. Amato a déclaré qu'il l'avait fait uniquement à titre de faveur et a dit à Langvin que tout cela lui faisait peur. Langvin a continué d'appeler Amato tous les jours au travail. Amato a refusé chaque fois. Le 3 octobre, Langvin est venu trouver Amato au salon; ils sont sortis à l'arrière et après avoir parlé de voitures, Langvin a dit à Amato que ses amis de Californie étaient arrivés. Il a demandé à Amato de faire l'impossible pour trouver d'autre cocaïne. Ce dernier a appelé June Lee qui a refusé et a raccroché. Il l'a rappelée et l'a suppliée de lui faire «une dernière petite faveur». Après quelques appels, elle a accepté de lui procurer une demi-once de cocaïne pour $1,100. Langvin et Amato devaient se rencontrer dans un stationnement, mais lorsque Langvin est arrivé, il était accompagné de son ami Gary (qui était en fait Godwin).

and that he was Langvin's best friend. Godwin and Langvin gave Amato $1,100 and he went off to meet June Lee who went somewhere else to get the cocaine. Amato returned with it and Godwin began discussing quality and quantity and Amato says he was "coming on very strong, like a dealer". Amato says he told Godwin and Langvin:

... 'Look I am not a dealer.' ... 'As far as I'm concerned I'm not doing this voluntarily. I'm into this predicament because I've been pushed this far and it's not—it's not—it's not going to happen. You know, as soon as this is over I just don't want to see any of the both of yous again.'

As Amato left the car he said to Godwin and Langvin, "Forget it. This won't happen again". Langvin wasn't heard from again. Godwin called two days later and congratulated Amato on how smoothly it had gone. Godwin called a few more times at the shop saying that he wanted to obtain three ounces of cocaine, offering a price of $6,000. Amato told him to forget it and Godwin replied, "You just tell your people that". Godwin continued to call at work but Amato refused the calls saying he was too busy. On October 12 Godwin called seven or eight times and at the end of the day Amato called him back. Amato told him that he was washing his hands of him and hung up. Godwin called right back telling Amato that he had friends in town who were expecting three ounces. Godwin said he just wanted to have a chat with him for ten minutes and Amato agreed to meet him. Godwin mentioned that he was in a jam. Godwin told Amato that he didn't have to be frightened because he always dealt with guns and that he didn't "screw around". He told Amato, again according to Amato's evidence at trial:

'I'm just in a jam, I need to—to answer to these people, if not these people will be coming down to see you in the morning.'

Amato was asked if he would put Godwin in direct contact with June Lee or with her source repeating that these people would be coming down to see him (Amato that is) the next day. Amato called

Amato a d'abord refusé de compléter, l'opération mais on l'a assuré que Godwin était «correct» et qu'il était le meilleur ami de Langvin. Godwin et Langvin ont remis $1,100 à Amato qui est allé rencontrer June Lee; cette dernière est allée chercher la cocaïne ailleurs. Amato l'a rapportée et Godwin a commencé à parler de qualité et de quantité et Amato dit qu'il «y allait très fort, comme un trafiquant». Amato dit avoir dit à Godwin et Langvin:

[TRADUCTION] ... «Ecoutez, je ne suis pas un trafiquant.» ... «En ce qui me concerne, je ne fais pas ça de plein gré. Je suis dans ce bourbier parce qu'on m'y a poussé jusqu'à maintenant et ça ne se reproduira plus. Dès que j'en ai fini avec vous, je ne veux plus jamais vous revoir ni l'un ni l'autre.»

Comme Amato descendait de l'auto, il a dit à Godwin et à Langvin: [TRADUCTION] «Oubliez ça. Ça ne se reproduira plus». Il n'a plus entendu parler de Langvin. Deux jours plus tard, Godwin a appelé Amato et l'a félicité pour la facilité de l'opération. Godwin l'a appelé à quelques reprises au travail en disant qu'il voulait se procurer trois onces de cocaïne et a offert un prix de $6,000. Amato lui a dit de ne pas y compter et Godwin a répondu [TRADUCTION] «Parles-en à tes amis». Godwin a continué à l'appeler au travail mais Amato a refusé de répondre en disant qu'il était trop occupé. Le 12 octobre, Godwin a appelé sept ou huit fois et à la fin de la journée, Amato l'a rappelé. Amato lui a dit qu'il s'en lavait les mains et a raccroché. Godwin l'a rappelé immédiatement pour lui dire qu'il avait des amis en ville qui attendaient trois onces. Godwin a dit qu'il voulait seulement bavarder avec lui dix minutes et Amato a accepté de le rencontrer. Godwin a mentionné qu'il était dans le pétrin. Il a dit à Amato qu'il n'avait pas à avoir peur parce qu'il opérait toujours avec des armes à feu et qu'il ne «manquait pas son coup». Toujours suivant le témoignage d'Amato au procès, il a dit à Amato:

[TRADUCTION] «Je suis seulement dans le pétrin, il faut que je donne une réponse à ces gens, sinon c'est eux qui vont venir te voir au matin.»

Godwin a demandé à Amato s'il pouvait le mettre en contact direct avec June Lee ou avec son fournisseur en répétant que ses clients viendraient le voir (Amato) le lendemain. Amato a appelé June

June Lee who said that maybe something could be arranged for the following day, October 13. Godwin was still very anxious and asked Amato to try one more time. Amato called June Lee back and arrangements were made for a deal in the early morning of October 13. Godwin met Amato at 11 p.m. (October 12) in a parking lot. Godwin insisted he must personally pass the money to June Lee. Together they went to June Lee's place where they met in a basement apartment and Godwin purchased two and a half ounces of cocaine. Amato received no money and no cocaine for his part in the deal. He and Godwin left the apartment separately.

Godwin called twice two days later and again the following day looking for Lee's phone number. After that time there was no further contact between Amato and Godwin. Two subsequent deals were made with Lee by Godwin and she pleaded guilty to the three counts. Amato was arrested five months after the third transaction and was charged with trafficking in respect of the two dates in October.

In summary, there were three transactions:

1. one gram delivered by Amato to Langvin some time in September in respect of which no charge was laid;
2. a half ounce delivered by Amato to Godwin on October 3;
3. two and a half ounces delivered by Lee to Godwin on October 13.

Charges were laid with respect to numbers 2 and 3 only.

This account, with the exception of the reference to Godwin's evidence, is taken from the testimony of Amato given at his trial. André was not called to testify. Langvin could not be located despite the efforts of defence counsel to determine his whereabouts. The only evidence other than that of Amato which relates to the pressure being put upon him by Langvin and Godwin is the evidence of Godwin which commenced with the meeting in the parking lot on October 3. There are some conflicts between these two accounts of the period from October 3 to October 13. Godwin denies

Lee qui lui a dit qu'elle pourrait peut-être arranger quelque chose pour le lendemain, le 13 octobre. Godwin était toujours très impatient et il a demandé à Amato d'essayer encore une fois. Amato a rappelé June Lee et on a organisé l'opération pour le 13 octobre tôt le matin. Godwin a rencontré Amato dans un stationnement à 23 h le 12 octobre. Godwin a insisté pour remettre l'argent personnellement à June Lee. Ils sont allés ensemble chez June Lee qu'ils ont rencontrée dans un appartement en sous-sol et Godwin a acheté deux onces et demie de cocaïne. Amato n'a reçu ni argent ni cocaïne pour sa participation dans l'affaire. Godwin et lui ont quitté l'appartement à des moments différents.

Godwin a appelé deux fois deux jours plus tard et de nouveau le jour suivant pour avoir le numéro de téléphone de June Lee. Amato et Godwin n'ont plus communiqué par la suite. Deux opérations subséquentes ont eu lieu entre Lee et Godwin et elle a plaidé coupable aux trois chefs d'accusation. Amato a été arrêté cinq mois après la troisième opération et a été accusé de trafic pour les deux opérations du mois d'octobre.

En résumé, il y a eu trois opérations:

1. un gramme qu'Amato a livré à Langvin au mois de septembre, opération pour laquelle aucune accusation n'a été portée;
2. une demi-once qu'Amato a livrée à Godwin le 3 octobre;
3. deux onces et demie que Lee a livrées à Godwin le 13 octobre.

Des accusations ont été portées relativement aux opérations 2 et 3 seulement.

Ce compte rendu, à l'exception de la mention du témoignage de Godwin, est extrait du témoignage d'Amato au procès. André n'a pas été cité comme témoin. On n'a pas pu retrouver Langvin malgré les efforts de l'avocat de la défense pour déterminer où il se trouvait. Le seul témoignage autre que celui d'Amato relativement aux pressions exercées sur lui par Langvin et Godwin est celui de Godwin qui commence avec la rencontre du 3 octobre dans le stationnement. Il y a certaines divergences entre ces deux récits sur la période du 3 au 13 octobre. Godwin nie avoir menacé Amato et avoir parlé

having threatened Amato or having said anything about guns. Godwin says there were five phone calls during that period, three of which were initiated by Amato. Godwin also says that Amato discussed receiving an "end", some cocaine off the top for himself, although he doesn't say that he actually received it. The learned trial judge made the following observations on credibility:

In present case, the Crown was unable to produce the witness who originally arranged for the undercover officer to meet the accused, Amato. His evidence would have been extremely useful to assist me in making my determinations of fact. He could have corroborated the evidence of the Crown or he could have corroborated the evidence of the Defence. I believe he should have been called by the Crown. His absence has restricted the Defence from making a full answer in defence to the charge.

I am satisfied that in fairness to the accused I must presume that he would have given evidence consistent with that given by the Defence. For that reason, I am prepared for the sake of these reasons for judgment, to assume that the findings of fact ought to be made on the basis of the evidence tendered by the Defence.

There is some difficulty in determining whether the above passage refers to Amato's version of the events only up to October 3 or if it extends to include the period ending October 13. In subsequently reviewing the evidence of that period the learned trial judge says:

The third transaction testified to by the accused Amato concerned some two and a half ounces of cocaine. On this occasion, the undercover Policeman dealt directly with Amato to arrange the deal and then concluded it with the accused Lee. In this transaction, Amato alleged for the first time, according to my recollection of the evidence, that he was threatened by the undercover Policeman and the threat was one to the effect that if the deal could not be made, then certain people would visit Amato at his place of employment. This information presumably was passed on to the accused Lee. Amato testified that on the basis of the threat and persistence of the undercover Officer, he was forced to arrange the transaction which eventually took place.

I am satisfied that the evidence in this case falls far short of the evidence required at law to establish the defence of entrapment. The evidence amounts no more than to persistent solicitation by the informer and the

d'armes à feu. Godwin dit qu'il y a eu cinq appels téléphoniques durant cette période, dont trois provenant d'Amato. Godwin dit en outre qu'Amato a parlé de recevoir un «bout», une certaine quantité de cocaïne pour lui-même, bien qu'il ne dise pas qu'il en ait effectivement reçu. Le savant juge du procès a fait les remarques suivantes concernant la crédibilité:

[TRADUCTION] En l'espèce, la poursuite n'a pas pu produire le témoin qui est l'origine de la rencontre de l'agent secret avec l'accusé Amato. Son témoignage m'aurait été extrêmement utile pour établir des constatations de fait. Il aurait pu corroborer la preuve de la poursuite ou celle de la défense. J'estime qu'il aurait dû être cité par la poursuite. Son absence a empêché la défense d'offrir une défense pleine et entière.

Je suis convaincu qu'en toute impartialité envers l'accusé, je dois présumer qu'il aurait fourni un témoignage compatible avec la preuve à décharge. Pour ce motif, je suis disposé, aux fins des présents motifs de jugement, à admettre que les constatations de fait doivent être établies en fonction de la preuve à décharge.

Il est assez difficile de savoir si le passage ci-dessus se rapporte à la version qu'a donnée Amato des événements jusqu'au 3 octobre seulement ou s'il inclut la période qui se termine le 13 octobre. Lorsqu'il a par la suite passé en revue la preuve relative à cette période, le savant juge du procès a dit:

[TRADUCTION] La troisième opération dont l'accusé Amato a parlé dans son témoignage portait sur quelque deux onces et demie de cocaïne. A cette occasion, l'agent secret a traité directement avec Amato pour organiser l'affaire, puis il l'a conclue avec l'accusé Lee. A propos de cette transaction, Amato allègue pour la première fois, si je me souviens bien du témoignage, qu'il avait reçu des menaces de l'agent secret en ce sens que si l'opération n'avait pas lieu, il risquait de recevoir la visite de certaines personnes à son lieu de travail. On peut croire que ce renseignement a été transmis à l'accusée Lee. Amato a dit dans son témoignage qu'en raison de la menace et de la persistance de l'agent secret, il a été forcé d'organiser l'opération qui a eu lieu par la suite.

Je suis convaincu que la preuve en l'espèce est loin de correspondre à la preuve nécessaire en droit pour établir la défense de provocation policière. La preuve n'indique rien de plus qu'une sollicitation répétée de la part de

undercover Officer to persuade the accused Amato to engage in trafficking of cocaine. Amato's dealings with Ms. Lee do not permit her to be successful in relying on the defence of entrapment because she merely agreed to go along with her friend.

This subsequent reference to the evidence of Amato concerning the events between October 3 and 13 indicates that the trial judge proceeded on the basis that Amato's story was credible throughout, or at least was to be so taken for the reasons he gave, and that the defence of entrapment was rejected with reference to Amato's version of the events which had taken place.

The Court of Appeal also proceeded on the basis that Amato's story was to be believed in its entirety. Taggart J.A. reviewed the third transaction which occurred on October 13 as follows:

In addition, on the third occasion when cocaine passed between the persons in the house and Lee and the undercover police officer, the Appellant was induced to go to his source of supply not only by importuning on the part of the undercover police officer but as well by reason of threats of the use of force by persons for whom the undercover police officer said he was obtaining the cocaine.

In the light of these comments I come to the conclusion that the account of the appellant was accepted as credible and that the issue of the application of entrapment should be disposed of on that basis.

Returning to the facts it should be noted that prior to October 3, 1977, Amato was neither known to nor suspected by the police as a drug trafficker. Neither is there evidence that a police operation was being directed through him against Lee or any other police suspect. The evidence in short reveals a random contact with Amato by Langvin, a police agent, through an innocent intermediary (Amato's boss) who plays no further part in the story.

The trial judge apparently accepted that the defence of entrapment was open as a matter of law in Canada and he referred to the judgment of

l'indicateur et de l'agent secret pour persuader l'accusé Amato de faire le trafic de cocaïne. Les opérations d'Amato avec M^lle^ Lee ne permettent pas à cette dernière d'invoquer avec succès la défense de provocation policière puisqu'elle a simplement accepté de suivre son ami.

Cette mention subséquente du témoignage d'Amato concernant les événements survenus entre le 3 et le 13 octobre indique que le juge du procès a admis que la version d'Amato était entièrement digne de foi, ou, du moins, qu'il fallait la considérer comme telle pour les motifs qu'il a énoncés. La défense de provocation policière a donc été rejetée en se reportant à la version des événements qu'Amato a donnée.

La Cour d'appel a elle aussi procédé en tenant pour acquit que la version d'Amato devait être crue intégralement. Le juge Taggart a examiné comme suit la troisième opération qui a eu lieu le 13 octobre.

[TRADUCTION] De plus, la troisième fois que la cocaïne a circulé entre les personnes qui se trouvaient dans la maison et Lee et l'agent secret, l'appelant a été incité à aller à sa source d'approvisionnement non seulement par la sollicitation de la part de l'agent secret, mais également en raison des menaces que les personnes pour lesquelles l'agent secret disait vouloir la cocaïne fassent usage de la violence.

A la lumière de ces remarques, je viens à la conclusion que le récit de l'appelant a été accepté comme digne de foi et que c'est à partir de cette constatation que doit être tranchée la question de l'application de la provocation policière.

Revenant aux faits, il faut remarquer qu'avant le 3 octobre 1977, Amato n'était pas connu de la police comme trafiquant de drogues et aucun soupçon ne pesait sur lui à cet égard. Il n'y a pas non plus de preuve que l'opération policière visait, par son intermédiaire, Lee ou une autre personne que la police soupçonnait. Brièvement, la preuve révèle un contact que Langvin, un indicateur de police, a eu par hasard avec Amato par l'intermédiaire d'un innocent (le patron d'Amato) qui n'a plus joué aucun rôle dans l'histoire.

On constate que le juge du procès a admis que la défense de provocation policière existait en droit au Canada et qu'il s'est rapporté au jugement du

Laskin C.J. in *Kirzner v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 487, and summarized his view of the test therein described as follows:

> In order to determine the sufficiency of evidence to raise a defence of entrapment there must be evidence to show that the Police had instigated the crime and that had they not done so, the accused would not have been involved in the transaction. The instigation must of course go beyond mere solicitation or decoy work.

As seen from the above the trial judge was of the view that the evidence fell "far short of the evidence required at law to establish the defence of entrapment". Notwithstanding that conclusion the learned trial judge made this observation in imposing his sentence, a fine of $3,000:

> I am satisfied that I do not have to incarcerate you. I'm satisfied, however, that I must impose some monetary punishment. Notwithstanding that you were persuaded by some continuing persistence to get involved in the trafficking of cocaine, I was not and I am still not satisfied that the persistence used upon you legally justified your actions. I am, however, satisfied that that persistence is something that I must take into consideration in imposing sentence upon you.

The Court of Appeal agreed with the conclusion of the trial judge in a passing reference to the merits of the defence of entrapment. In any event the Court concluded that the defence of entrapment was not available. Taggart J.A., after referring to decisions of the British Columbia and Ontario Courts of Appeal in which the view was expressed that there was no defence of entrapment, as well as to the views of the Chief Justice in *Kirzner v. The Queen, supra*, put it this way:

> I think we ought to follow the expressed views of this Court until such time as the matter is definitively settled by the Supreme Court of Canada or by a division of this Court composed of five members who can deal definitively with the problem.

Seaton J.A. was of the view not only that the defence of entrapment does not exist but that it should not exist. He expressed a decided preference for what he called the English approach which he explained as being the conviction of the accused for the completed offence but mitigating

juge en chef Laskin dans l'arrêt *Kirzner c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 487. Il a résumé comme suit son point de vue sur le critère y énoncé:

> [TRADUCTION] Pour que la preuve soit suffisante pour permettre une défense de provocation policière, elle doit indiquer que la police a provoqué le crime et que si elle ne l'avait pas fait, l'accusé n'aurait pas pris part à l'opération. La provocation doit certes aller plus loin que la simple instigation ou l'imposture.

Comme le montre cet extrait, le juge du procès était d'avis que la preuve était [TRADUCTION] «loin de la preuve requise en droit pour établir la défense de provocation policière». Nonobstant cette conclusion, le savant juge du procès a fait la remarque suivante lorsqu'il a imposé la sentence, une amende de $3,000:

> [TRADUCTION] Je suis convaincu que je n'ai pas à vous faire emprisonner. Cependant, je suis convaincu qu'il est nécessaire de vous imposer une amende. Bien qu'on vous ait persuadé par une pression constante de participer au trafic de cocaïne, je n'étais pas convaincu, et je ne le suis pas encore, que la pression dont vous avez fait l'objet justifie en droit vos actes. Je suis cependant convaincu que je dois tenir compte dans l'imposition de votre sentence.

La Cour d'appel a accepté la conclusion du juge du procès dans une remarque sur la valeur de la défense de provocation policière. En tout état de cause, la Cour d'appel a conclu que la défense de provocation policière ne pouvait être invoquée. Après avoir mentionné des arrêts des cours d'appel de la Colombie-Britannique et de l'Ontario dans lesquels on dit que la défense de provocation policière n'existe pas, de même que les opinions du Juge en chef dans l'arrêt *Kirzner c. La Reine*, précité, le juge Taggart a dit:

> [TRADUCTION] J'estime que nous devons suivre les opinions que cette Cour a déjà exprimées jusqu'à ce que la question soit tranchée de façon définitive par la Cour suprême du Canada ou par une division de cette Cour formée de cinq membres qui peuvent résoudre le problème de façon définitive.

Le juge Seaton a exprimé l'avis non seulement que la défense de provocation policière n'existe pas mais qu'elle ne doit pas exister. Il a exprimé une préférence marquée pour ce qu'il a appelé la solution anglaise qu'il a décrite comme étant la condamnation de l'accusé pour l'infraction commise

the sentence where his involvement is due to the motivating influence of others whether those others be police agents or not. Carrothers J.A. agreed with both Taggart and Seaton JJ.A.

The issue of the availability of the defence of entrapment was expressly left open by Chief Justice Laskin in *Kirzner*, *supra*. The Ontario Court of Appeal in that case ((1976), 14 O.R. (2d) 665) had taken the view that the defence was not open to the accused. The Chief Justice concurred with the Court of Appeal in the result but not the reasoning at p. 496:

> In these circumstances, I would not, however, endorse the view of the Ontario Court of Appeal in the present case or of the British Columbia Court of Appeal in *Chernecki* [(1971), 16 C.R.N.S. 182] rejecting entrapment as a defence. There are good reasons for leaving the question open. Indeed, if that position is based on a static view of s. 7(3) of the *Criminal Code* I find it unacceptable. I do not think that s. 7(3) should be regarded as having frozen the power of the Courts to enlarge the content of the common law by way of recognizing new defences, as they may think proper according to circumstances that they consider may call for further control of prosecutorial behaviour or of judicial proceedings.

The majority of this Court speaking through Pigeon J. expressly refrained from expressing any view on the availability of the defence of entrapment in Canadian law.

The scope of a defence in the nature of that generally called entrapment and the problems raised by such a defence are discussed at length by the Chief Justice in *Kirzner*, *supra*, and will not be repeated here. If there be such a defence for an accused in the criminal law, several matters must be determined:

(a) the source of authority in the courts to give recognition to the defence;

(b) the nature and range of offences in respect of which this defence may be available;

(c) the constituent elements which must be present;

mais avec sentence réduite lorsque sa participation est due à l'influence déterminante d'autres personnes, qu'il s'agisse ou non de policiers. Le juge Carrothers a souscrit aux opinions des juges Taggart et Seaton.

La question de savoir si la défense de provocation policière peut être invoquée a été délibérément laissée sans réponse par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Kirzner*, précité. Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario ((1976), 14 O.R. 2(d) 665) était d'avis que l'accusé ne pouvait soulever ce moyen de défense. Le Juge en chef a souscrit à la conclusion de la Cour d'appel, mais non à ses motifs, à la p. 496:

> Dans les circonstances, je ne puis cependant adopter l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce, ni celle de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Chernecki*, [(1971), 16 C.R.N.S. 182] qui ont rejeté la provocation policière comme moyen de défense. Il est préférable de ne pas trancher la question. En fait, si cette opinion est fondée sur une vue statique du par. 7(3) du *Code criminel*, elle est, à mon avis, inacceptable. Je ne crois pas que le par. 7(3) interdise aux tribunaux d'étendre le contenu de la *common law* en admettant de nouveaux moyens de défense, qu'ils peuvent estimer appropriés s'il leur semble que les circonstances requièrent un contrôle plus serré de la conduite de la poursuite et des procédures judiciaires.

Le juge Pigeon, qui parlait au nom de la majorité de cette Cour, a expressément refusé de se prononcer sur la possibilité d'invoquer la défense de provocation policière en droit canadien.

La portée d'un moyen de défense du genre de celui qu'on appelle généralement la provocation policière et les problèmes qu'il soulève sont analysés en détail par le Juge en chef dans l'arrêt *Kirzner*, précité. Point n'est besoin de les répéter ici. Si un moyen de défense de ce genre s'offre à un accusé en droit criminel, il faut trancher plusieurs questions:

a) les précédents judiciaires qui permettent d'admettre cette défense;

b) la nature et la catégorie des infractions à l'égard desquelles cette défense peut être invoquée;

c) les éléments constitutifs qui doivent être présents;

(d) the remedy or result of its successful application.

The proponents of this defence generally seek to advance it as something necessary to bring fairness or fundamental justice into the criminal law when the state agencies of enforcement resort to methods of law enforcement which threaten the integrity of the criminal justice system or bring shame to the state. Put another way, the defence is seen as an offset to or a control mechanism for overzealous crime detection and prosecution where inducement or incitement leads the otherwise innocent to the commission of an offence. There are shades and variants of these elements which make the defence difficult of definition and the doctrine delicate to apply.

As the Chief Justice said in *Kirzner* at p. 492:

There is, of course, a balance to be struck between giving reasonable latitude to the police in the employment of stratagems to control the spread of crime, especially in the case of the illegal drug traffic, and controlling behaviour that goes beyond any reasonable latitude. American jurisdictions have, on a constitutional basis, sought to control the introduction of illegally obtained evidence; in England, the Courts have continued to exercise a discretionary power to control the admissibility of evidence that would operate unfairly against an accused. Control techniques may thus relate to the recognition of substantive defences or to rules against the admission of evidence or to a discretion as to its reception. Abuse of process or stay of proceedings have also been put forward as techniques of control.

and at p. 494:

The problem which has caused judicial concern is the one which arises from the police-instigated crime, where the police have gone beyond mere solicitation or mere decoy work and have actively organized a scheme of ensnarement, of entrapment, in order to prosecute the person so caught. In my opinion, it is only in this situation that it is proper to speak of entrapment and to consider what effect this should have on the prosecution of a person who has thus been drawn into the commission of an offence.

d) le remède ou le résultat obtenus lorsqu'elle s'applique avec succès.

Les partisans de ce moyen de défense allèguent en général qu'il est nécessaire pour assurer en droit criminel l'équité ou la justice fondamentale lorsque les organismes de l'Etat chargés de l'application de la loi ont recours à des méthodes qui mettent en danger l'intégrité du système de justice criminelle ou qui sont indignes de l'Etat. En d'autres mots, on voit dans ce moyen de défense une compensation ou un mécanisme de contrôle en cas de détection ou de poursuite trop ardentes du crime, lorsque la provocation ou l'encouragement amène une personne jusque-là innocente à commettre une infraction. Ces éléments comportent des nuances et des variantes qui font que cette défense est difficile à définir et que cette doctrine est difficile à appliquer.

Comme l'a dit le Juge en chef dans l'arrêt *Kirzner*, à la p. 492:

Bien entendu, il faut trouver l'équilibre entre une latitude raisonnable accordée à la police dans l'utilisation de stratagèmes pour juguler la criminalité, notamment dans le cas du trafic de drogues, et la répression des actes qui outrepassent toute latitude raisonnable. Les tribunaux américains, en se fondant sur la constitution, ont cherché à contrôler la production de preuves obtenues illégalement; en Angleterre, les tribunaux ont continué à exercer leur pouvoir discrétionnaire sur l'admissibililté de preuves qui joueraient inéquitablement contre un accusé. Le mode de contrôle peut donc avoir trait à l'acceptation de défenses au fond, à la recevabilité de la preuve ou à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire à cet égard. On a également proposé à cette fin le rejet ou la suspension des poursuites pour abus de procédures.

Et à la page 494:

Le problème qui a suscité l'inquiétude du corps judiciaire est celui du crime commis à l'instigation de la police, lorsqu'elle est allée plus loin que la simple incitation ou l'utilisation d'imposteurs et qu'elle a d'elle-même organisé un piège, un projet de provocation policière, afin de poursuivre en justice la personne ainsi démasquée. A mon avis c'est dans ce cas seulement que l'on peut parler de provocation policière et tenir compte de son effet possible sur la poursuite d'une personne qui a ainsi été amenée à commettre une infraction.

There is no doubt that it may be difficult in particular cases to draw the line between mere use of spies, decoys or informers and the use of *agents provocateurs* who go beyond mere solicitation or encouragement and initiate a criminal design for the purpose of entrapping a person in order to prosecute him.

In an earlier case the defence was characterized by the Chief Justice in a judgment when on the Ontario Court of Appeal, as arising in the presence of "calculated inveigling and persistent importuning" by the enforcement agency: *R. v. Ormerod*, [1969] 2 O.R. 230, at p. 238.

This defence has been applied and been the subject of an on-going debate for over half a century in the courts of the United States. In *Sorrells v. United States* (1932), 287 U.S. 435, a case in which the facts, substituting alcohol for drugs, are remarkably similar to the present circumstances, Chief Justice Hughes recognized the defence:

> It is clear that the evidence was sufficient to warrant a finding that the act for which defendant was prosecuted was instigated by the prohibition agent, that it was the creature of his purpose . . . [p. 441]

and continued on p. 442:

> A different question is presented when the crimnal design originates with the officials of the Government, and they implant in the mind of an innocent person the disposition to commit the alleged offense and induce its commission in order that they may prosecute.

The Court adopted an earlier Circuit Court view:

> When the criminal design originates, not with the accused, but is conceived in the mind of the government officers, and the accused is by persuasion, deceitful representation, or inducement lured into the commission of a criminal act, the government is estopped by sound public policy from prosecution therefor. [Woods J. in *Newman v. United States* (1924), 299 F. 128, at p. 131].

The majority of the Court found authority for applying the defence of entrapment in a rule of statutory construction to be applied to the offence-creating statute, at p. 448:

Bien sûr il peut être difficile, dans certains cas, de distinguer l'espion, l'imposteur ou l'indicateur de l'agent provocateur qui fait plus qu'inciter ou encourager l'infraction mais prend l'initiative du projet criminel dans le but de prendre quelqu'un au piège pour l'amener devant les tribunaux.

Dans une affaire antérieure, le Juge en chef, dans des motifs de jugement prononcés alors qu'il siégeait à la Cour d'appel de l'Ontario, a dit de ce moyen de défense qu'il était opposable à [TRADUCTION] «un piège calculé ou [à] des sollicitations répétées» de la part de l'organisme chargé de l'application de la loi: *R. v. Ormerod*, [1969] 2 O.R. 230, à la p. 238.

Ce moyen de défense est appliqué et fait l'objet de discussions continues depuis plus d'un demi-siècle dans les cours des États-Unis. Dans l'arrêt *Sorrells v. United States* (1932), 287 U.S. 435, une affaire dans laquelle les faits, si on remplace la drogue par l'alcool, sont remarquablement semblables à ceux en l'espèce, le juge en chef Hughes a reconnu ce moyen de défense:

> [TRADUCTION] Il est évident que la preuve était suffisante pour conclure que l'acte pour lequel le défendeur a été poursuivi a été provoqué par l'agent d'application de la prohibition, qu'il était le produit de son dessein . . . [à la p. 441]

Il a poursuivi, à la p. 442:

> [TRADUCTION] Une question différente se pose lorsque le dessein criminel provient des fonctionnaires et qu'ils implantent dans l'esprit d'un innocent l'intention de perpétrer l'infraction imputée et qu'ils l'incitent à la commettre pour pouvoir intenter des poursuites.

La Cour a adopté une opinion antérieure de la Cour de circuit:

> [TRADUCTION] Lorsque le dessein criminel ne provient pas de l'accusé mais qu'il a été conçu dans l'esprit d'un fonctionnaire et que l'accusé est entraîné, par la persuasion, par des déclarations mensongères ou par la provocation, à commettre un acte criminel, une règle de prudence avisée empêche le gouvernement de poursuivre dans ce cas. [le juge Woods dans l'affaire *Newman v. United States* (1924), 299 F. 128, à la p. 131].

Pour appliquer la défense de provocation policière, la Cour à la majorité s'est appuyée, à la p. 448, sur une règle d'interprétation qui doit s'appliquer à la loi qui crée l'infraction:

We think that this established principle of construction is applicable here. We are unable to conclude that it was the intention of the Congress in enacting this statute that its processes of detection and enforcement should be abused by the instigation by government officials of an act on the part of persons otherwise innocent in order to lure them to its commission and to punish them.

[TRADUCTION] Nous croyons que ce principe reconnu d'interprétation s'applique en l'espèce. Il nous est impossible de conclure qu'en adoptant cette loi, le Congrès voulait que les fonctionnaires abusent des procédures de détection et d'application de la loi en inspirant un acte à des personnes par ailleurs innocentes en vue de les amener à l'accomplir et à les punir.

By this theory the Court avoided claiming for itself a power to forbid the prosecution of a person whose conduct appears to come squarely within the statute. The issue was seen by the Court as whether the defendant is a person otherwise innocent whom the government is seeking to punish for an alleged offence which is "the product of the creative industry of its own efforts". Chief Justice Hughes concluded at p. 451:

Par cette théorie, la Cour a évité de s'arroger le pouvoir d'interdire de poursuivre une personne dont la conduite paraît directement relever de la loi. La Cour a considéré que la question était de savoir si le défendeur est une personne par ailleurs innocente que le gouvernement cherche à punir pour une prétendue infraction qui est [TRADUCTION] «le produit de la créativité de ses propres efforts». Le juge en chef Hughes a conclu à la p. 451:

If that is the fact, common justice requires that the accused be permitted to prove it.

[TRADUCTION] Si c'est le cas, la simple justice exige qu'on permette à l'accusé d'en faire la preuve.

The question then arose, of course, as to what the proper disposition should be on a successful application of the defence. Should it preclude prosecution, should it be a finding of not guilty, or simply a stay of prosecution at whatever the stage the defence is established? In *Sorrells* the Court remanded the case for further proceedings at trial in which it would be left to the jury to assess the conduct of the police investigation and the conduct of the accused with emphasis upon his predisposition and criminal design with reference to the offence. Chief Justice Hughes concluded at p. 452:

Bien entendu, la question s'est alors posée de savoir quelle solution doit entraîner l'acceptation de cette défense. Doit-elle empêcher la poursuite, doit-elle entraîner une déclaration de non-culpabilité, ou simplement une suspension d'instance à l'étape où la défense est établie? Dans l'arrêt *Sorrells*, la Cour a renvoyé l'affaire en première instance pour que le jury examine la façon dont l'enquête policière avait été menée et la conduite de l'accusé en s'attachant à ses propensions et à son intention criminelle relativement à l'infraction. Le juge en chef Hughes a conclu à la p. 452:

We are of the opinion that upon the evidence produced in the instant case the defense of entrapment was available and that the trial court was in error in holding that as a matter of law there was no entrapment and in refusing to submit the issue to the jury.

[TRADUCTION] Nous sommes d'avis, compte tenu de la preuve faite en l'espèce, que la défense de provocation policière pouvait être soulevée et que le juge du procès a commis une erreur en décidant qu'en droit, il n'y avait pas de provocation policière, et en refusant de soumettre la question au jury.

A minority opinion by Mr. Justice Roberts, concurred in by Justices Brandeis and Stone, took the view, at p. 454, that entrapment should be defined as:

Selon l'opinion des juges formant la minorité, exposée par le juge Roberts à la p. 454 et partagée par les juges Brandeis et Stone, la provocation policière devrait être définie comme:

... the conception and planning of an offense by an officer, and his procurement of its commission by one who would not have perpetrated it except for the trickery, persuasion, or fraud of the officer.

[TRADUCTION] ... le fait, pour un fonctionnaire, de concevoir et de projeter une infraction, et d'amener une personne qui ne l'aurait pas commise sans la supercherie, la persuasion ou la fraude de ce fonctionnaire à la commettre.

In the minority view the doctrine of entrapment rests on a fundamental rule of public policy, at pp. 457 and 459, namely:

> The protection of its own functions and the preservation of the purity of its own temple belongs only to the court. It is the province of the court and of the court alone to protect itself and the government from such prostitution of the criminal law. The violation of the principles of justice by the entrapment of the unwary into crime should be dealt with by the court no matter by whom or at what stage of the proceedings the facts are brought to its attention. Quite properly it may discharge the prisoner upon a writ of *habeas corpus*. Equally well may it quash the indictment or entertain and try a plea in bar. But its powers do not end there. Proof of entrapment, at any stage of the case, requires the court to stop the prosecution, direct that the indictment be quashed, and the defendant set at liberty.

. . .

> The applicable principle is that courts must be closed to the trial of a crime instigated by the government's own agents. No other issue, no comparison of equities as between the guilty official and the guilty defendant, has any place in the enforcement of this overruling principle of public policy.

The U.S. Supreme Court considered this defence again in *Sherman v. United States* (1958), 356 U.S. 369. The accused had been repeatedly importuned by an informer who, like the accused, was attending a clinic for treatment for narcotic addiction. The informer claimed that he was not responding to treatment and the repeated requests for assistance in obtaining narcotics were premised upon the informer's feigned suffering. The majority applied *Sorrells* and continued to define entrapment as a defence "where the criminal conduct was the product of creative activity of law enforcement officials". The government reply relied on the defendant's criminal record to establish "a ready complaisance" to commit the offence. In *Sorrells* the case was remanded with the entrapment issue being left to the jury. In *Sherman*, however, the Court directed a dismissal no doubt on the grounds of overwhelming evidence. The majority of the Court declined to reconsider the doctrinal basis for the defence adopted by the majority in *Sorrells* as the issue had not been

De l'avis de la minorité, la doctrine de la provocation policière repose sur une règle fondamentale d'ordre public, savoir (aux pp. 457 et 459):

> [TRADUCTION] C'est à la cour seulement qu'il appartient de protéger ses fonctions et de préserver le caractère sacré du temple de la justice. Il appartient à la cour et à la cour seulement de se protéger elle-même et de protéger le gouvernement de cette perversion du droit criminel. La violation des principes de la justice qui consiste à inciter un imprudent à commettre un crime doit être examinée par la cour, peu importe par qui ou à quelle étape des procédures les faits sont portés à son attention. Elle peut valablement libérer un prisonnier par *habeas corpus*. Elle peut tout aussi bien annuler l'acte d'accusation ou entendre et juger une exception péremptoire. Mais ses pouvoirs ne s'arrêtent pas là. La preuve de la provocation policière, à une étape quelconque des procédures, oblige la cour à mettre fin à la poursuite, à ordonner l'annulation de l'acte d'accusation et à libérer le défendeur.

. . .

> Le principe applicable est que les cours ne doivent pas juger un crime provoqué par les fonctionnaires. Nulle autre question, nulle comparaison entre les droits du fonctionnaire coupable et ceux du défendeur coupable n'a sa place dans l'application de ce principe primordial d'ordre public.

La Cour suprême des Etats-Unis a examiné de nouveau ce moyen de défense dans l'arrêt *Sherman v. United States* (1958), 356 U.S. 369. L'accusé avait été sollicité de façon répétée par un indicateur qui, comme l'accusé, fréquentait un centre de désintoxication. L'indicateur affirmait que les traitements ne lui apportaient aucun soulagement et, simulant la souffrance, il faisait des demandes d'aide répétées pour obtenir des stupéfiants. La majorité a appliqué l'arrêt *Sorrells* et a continué à définir la provocation policière comme un moyen de défense opposable à [TRADUCTION] «une conduite criminelle qui est le produit de la créativité des fonctionnaires chargés de l'application de la loi». La réponse du gouvernement s'est appuyée sur le dossier criminel du défendeur pour faire la preuve d'une [TRADUCTION] «complaisance facile» à commettre l'infraction. Dans l'affaire *Sorrells*, la cause a été renvoyée pour permettre au jury d'examiner la question de la provocation policière. Dans l'affaire *Sherman* cependant, la Cour a rejeté l'accusation en se

raised by the parties or in the lower courts. Frankfurter J., for himself and Justices Douglas, Harlan and Brennan, concurred in the result but would have elevated the minority view of *Sorrells* to a governing principle. The view of Frankfurter J., at p. 380, was that:

> Insofar as they are used as instrumentalities in the administration of criminal justice, the federal courts have an obligation to set their face against enforcement of the law by lawless means or means that violate rationally vindicated standards of justice, and to refuse to sustain such methods by effectuating them .... Public confidence in the fair and honorable administration of justice, upon which ultimately depends the rule of law, is the transcending value at stake.

Following this line of thought the crucial question becomes whether the police conduct in a particular case falls below "standards, to which common feelings respond, for the proper use of governmental power". The position of the majority in *Sorrells* is commented upon at p. 382:

> The intention referred to, therefore, must be a general intention or predisposition to commit, whenever the opportunity should arise, crimes of the kind solicited, and in proof of such a predisposition evidence has often been admitted to show the defendant's reputation, criminal activities, and prior disposition. The danger of prejudice in such a situation, particularly if the issue of entrapment must be submitted to the jury and disposed of by a general verdict of guilty or innocent, is evident. The defendant must either forego the claim of entrapment or run the substantial risk that, in spite of instructions, the jury will allow a criminal record or bad reputation to weigh in its determination of guilt of the specific offense of which he stands charged. Furthermore, a test that looks to the character and predisposition of the defendant rather than the conduct of the police loses sight of the underlying reason for the defense of entrapment.

fondant indubitablement sur la preuve accablante. La Cour à la majorité a refusé de réviser le fondement doctrinal de la défense adopté par la majorité dans l'arrêt *Sorrells* parce que la question n'avait pas été soulevée par les parties ni devant les cours d'instance inférieure. Le juge Frankfurter, au nom des juges Douglas, Harlan et Brennan et au sien, a souscrit à la décision finale, mais il aurait érigé l'opinion de la minorité dans l'arrêt *Sorrells* en un principe dominant. Le juge Frankfurter a exprimé l'avis que (à la p. 380):

> [TRADUCTION] Dans la mesure où elles servent d'intermédiaires dans l'administration de la justice criminelle, les cours fédérales ont l'obligation de s'opposer à l'application de la loi par des moyens illégaux ou par des moyens qui enfreignent des normes de justice qui se justifient rationnellement, et de refuser de reconnaître ces méthodes en leur donnant effet ... La confiance du public dans l'administration impartiale et honorable de la justice, dont dépend en définitive le principe de la légalité, est la valeur transcendantale en jeu.

Dans cet ordre de raisonnement, la question cruciale est de savoir si la conduite de la police dans un cas donné est en deçà [TRADUCTION] «des normes qui constituent un concensus à l'égard de l'utilisation à bon escient du pouvoir gouvernemental». On commente ainsi la position de la majorité dans l'arrêt *Sorrells* (à la p. 382):

> [TRADUCTION] L'intention à laquelle on se réfère, par conséquent, doit être une intention générale ou une prédisposition à commettre, lorsque l'occasion se présente, des crimes du genre de ceux qu'on propose, et pour établir cette prédisposition, on a souvent admis des témoignages tendant à établir la réputation du défendeur, ses activités criminelles et ses penchants antérieurs. Dans une telle situation, en particulier si la question de la provocation policière doit être soumise au jury et décidée dans un verdict général de culpabilité ou de non-culpabilité, le danger de subir un préjudice est évident. Le défendeur doit soit renoncer à invoquer la provocation policière ou courir le risque sérieux qu'en dépit des directives, le jury tienne compte d'un dossier criminel ou d'une mauvaise réputation dans sa détermination de la culpabilité de l'infraction précise objet de l'accusation. En outre, une enquête qui s'attache à la moralité et aux prédispositions du défendeur plutôt qu'à la conduite de la police fait perdre de vue le motif sous-jacent à la défense de provocation policière.

It follows therefore that a court enunciating this view must conclude, irrespective of the defendant's past record, that certain police conduct to ensnare him into further crime cannot be tolerated and hence the defence of entrapment applies. The position of the accused is not the criterion of the test but rather the conduct of the public authority (at p. 383):

> Permissible police activity does not vary according to the particular defendant concerned; surely if two suspects have been solicited at the same time in the same manner, one should not go to jail simply because he has been convicted before and is said to have a criminal disposition.

While recognizing that the police may act so as to detect those engaged in criminal conduct and those who are ready and willing to commit further crimes, the test as to entrapment must be that (at p. 384):

> . . . in holding out inducements they should act in such a manner as is likely to induce to the commission of crime only these persons and not others who would normally avoid crime and through self-struggle resist ordinary temptations. This test shifts attention from the record and predisposition of the particular defendant to the conduct of the police and the likelihood, objectively considered, that it would entrap only those ready and willing to commit crime. It is as objective a test as the subject matter permits, . . .

The minority acknowledges that the scale of police conduct to be condemned by the doctrine must be such as is likely to induce those not otherwise ready and willing to commit crime to do so, and this type of conduct must "be picked out from case to case as new situations arise involving different crimes and new methods of detection" (p. 384). Like Justice Roberts in *Sorrells*, the minority in *Sherman* concluded at p. 385 that the test was one for the court and not for the jury:

> Only the court, through the gradual evolution of explicit standards in accumulated precedents, can do this with the degree of certainty that the wise administration of criminal justice demands.

Il s'ensuit par conséquent qu'une cour qui se prononce en ce sens doit conclure, indépendamment du casier judiciaire du défendeur, qu'on ne peut tolérer une certaine conduite policière qui vise à le pousser à d'autres crimes et, ainsi, la défense de provocation policière s'applique. Ce n'est pas la position de l'accusé mais plutôt la conduite de l'autorité civile qui est le critère applicable (à la p. 383):

> [TRADUCTION] L'activité policière permise ne varie pas avec chaque défendeur visé; il est certain que si deux suspects ont été sollicités en même temps et de la même façon, on ne doit pas en condamner un simplement parce qu'il a déjà été condamné et qu'on dit qu'il a des penchants criminels.

Tout en reconnaissant que la police peut chercher à découvrir les personnes qui ont des activités criminelles et celles qui sont prêtes et disposées à commettre d'autres crimes, le critère relatif à la provocation policière doit être que (à la p. 384):

> [TRADUCTION] . . . par des invitations, elle doit agir d'une manière qui soit susceptible d'inviter à commettre un crime seulement ces personnes et non ceux qui normalement évitent le crime et qui, par discipline, résistent aux tentations ordinaires. Ce critère déplace l'attention du casier judiciaire et des prédispositions du défendeur visé vers la conduite de la police et la possibilité, prise objectivement, que cette conduite encourage uniquement les personnes qui sont prêtes et disposées à commettre un crime. C'est un critère aussi objectif que le permet le sujet, . . .

La minorité reconnaît que la norme de conduite policière que doit condamner la doctrine doit être celle qui est susceptible d'inciter une personne à commettre un crime alors qu'elle n'est pas par ailleurs prête et disposée à le commettre, et ce genre de conduite doit [TRADUCTION] «être repéré dans chaque cas au fur et à mesure que surviennent de nouvelles situations impliquant des crimes différents et de nouvelles méthodes de détection» (à la p. 384). Comme le juge Roberts dans l'arrêt *Sorrells*, la minorité dans l'arrêt *Sherman* a conclu que l'application de ce critère doit être laissée à la cour et non au jury (à la p. 385):

> [TRADUCTION] Seule la cour, au moyen de l'évolution graduelle des normes explicites dans l'ensemble des précédents, peut s'y attaquer avec le degré de certitude qu'exige une sage administration de la justice criminelle.

Frankfurter J. does not stipulate as to whether the proper disposition is a quashing of the charge as proposed by Roberts J. in *Sorrells* or a stay of proceedings as was frequently the case in the federal courts when that option was open to them. He concurred with the result of the majority which was to remand the matter to the trial court with instructions to dismiss the indictment.

Again in 1973 the U.S. Supreme Court returned to entrapment in the *United States v. Russell*, 411 U.S. 423. The police investigator had supplied an essential and, although legally obtainable, difficult to obtain ingredient in the manufacture of 'speed' in return for one-half of the drug to be produced. The conviction was overturned by the Court of Appeals for the Ninth Circuit because of "the intolerable degree of government participation in the criminal enterprise" ((1972), 459 F. 2d 671). The trial judge had stated the law to be:

> Where a person already has the willingness and the readiness to break the law, the mere fact that the government agent provides what appears to be a favorable opportunity is not entrapment.

By a five-to-four majority the Supreme Court restored the conviction. Rehnquist J., for the majority, followed the majority judgments in *Sorrells* and *Sherman*, taking the epitome of the latter judgment to be the observation by Chief Justice Warren:

> [t]o determine whether entrapment has been established, a line must be drawn between the trap for the unwary innocent and the trap for the unwary criminal. [356 U.S. 369, at 372].

Rehnquist J. concluded in favour of the "subjective" approach at p. 434:

> Nor does it seem particularly desirable for the law to grant complete immunity from prosecution to one who himself planned to commit a crime, and then committed it, simply because government undercover agents subjected him to inducements which might have seduced a hypothetical individual who was not so predisposed.

Le juge Frankfurter ne précise pas s'il convient en définitive d'annuler l'acte d'accusation comme le propose le juge Roberts dans l'arrêt *Sorrells* ou de surseoir à l'instance comme l'ont souvent fait les cours fédérales lorsqu'elles en avaient la possibilité. Il a souscrit à l'opinion majoritaire qui renvoyait l'affaire à la cour de première instance en lui ordonnant de rejeter l'acte d'accusation.

En 1973, la Cour suprême des Etats-Unis a de nouveau examiné la provocation policière dans l'arrêt *United States v. Russell*, 411 U.S. 423. L'enquêteur de police avait fourni un ingrédient essentiel, qu'il était difficile d'obtenir légalement, pour la fabrication de «speed» moyennant la moitié de la drogue produite. La déclaration de culpabilité a été infirmée par la Cour d'appel du neuvième circuit en raison du [TRADUCTION] «degré intolérable de participation du gouvernement à l'entreprise criminelle» ((1972), 459 F. 2d 671). Le juge du procès avait exposé le principe de droit comme suit:

> [TRADUCTION] Lorsqu'une personne est déjà prête et disposée à enfreindre la loi, le simple fait que le représentant du gouvernement offre ce qui paraît être une occasion favorable ne constitue pas de la provocation policière.

Par une majorité de cinq contre quatre, la Cour suprême a rétabli la déclaration de culpabilité. Au nom de la majorité, le juge Rehnquist a suivi les décisions majoritaires des arrêts *Sorrells* et *Sherman* et a considéré que la quintessence de ce dernier arrêt se trouvait dans la remarque suivante du juge en chef Warren:

> [TRADUCTION] pour décider si on a établi la provocation policière, il faut tracer la démarcation entre le piège tendu à l'innocent imprudent et le piège tendu au criminel imprudent. [356 U.S. 369, à la p. 372]

Le juge Rehnquist a conclu en faveur de l'approche «subjective» à la p. 434:

> [TRADUCTION] Il ne semble pas non plus particulièrement souhaitable en droit d'accorder l'immunité de poursuites totale à celui qui a lui-même projeté de commettre un crime, et qui l'a ensuite commis, simplement parce que des agents secrets du gouvernement lui ont fourni des incitations susceptibles de séduire un individu hypothétique qui n'avait pas cette prédisposition.

It is clear that in the view of the majority in *Russell* the defence of entrapment is not to be used as a flexible yardstick in assessing the conduct of the prosecution. Rehnquist J. continued, at p. 435:

> But the defense of entrapment enunciated in those opinions was not intended to give the federal judiciary a "chancellor's foot" veto over law enforcement practices of which it did not approve. The execution of the federal laws under our Constitution is confided primarily to the Executive Branch of the Government, subject to applicable constitutional and statutory limitations and to judicially fashioned rules to enforce those limitations.

Four members of the Court dissented in two judgments. Douglas J. with Brennan J. concurring followed the dissents in *Sorrells* and *Sherman* and concluded that the federal prosecutor here played "a debased role" when he became the "instigator" of the crime by supplying an ingredient needed to manufacture the illegal drug. Stewart J. dissented (Brennan and Marshall JJ. concurring) and likewise adopted the dissenting viewpoint in the two prior cases. The *Sorrells* and *Sherman* majorities in this view stand for the limitation of the entrapment doctrine "to those who would be otherwise innocent", that is those who would not have committed the crime but for the government's inducement (p. 440). Stewart J. would apply the principle of the minority view in both cases and thereby place the focus upon "whether the police conduct falls below standards for the proper use of governmental power", or as Stewart J. put it at p. 441:

> Phrased another way, the question is whether—regardless of the predisposition to crime of the particular defendant involved—the governmental agents have acted in such a way as is likely to instigate or create a criminal offense. Under this approach, the determination of the lawfulness of the Government's conduct must be made—as it is on all questions involving the legality of law enforcement methods—by the trial judge, not the jury.

Il est évident que la majorité dans l'arrêt *Russell*, la provocation policière ne doit pas être utilisée comme une aune variable pour mesurer la conduite de la poursuite. Le juge Rehnquist poursuit, à la p. 435:

> [TRADUCTION] Mais la défense de provocation policière qu'énoncent ces décisions ne visait pas à donner aux cours fédérales un droit de veto absolu sur des méthodes policières qu'elles n'approuvent pas. En vertu de notre constitution, l'application des lois fédérales est d'abord confiée au pouvoir exécutif, sous réserve des restrictions constitutionnelles et légales applicables et des règles que les cours ont établies pour les faire appliquer.

Quatre membres de la Cour ont exprimé leur dissidence dans deux jugements. Le juge Douglas (le juge Brennan a souscrit à ses motifs) a suivi les motifs de dissidence dans les arrêts *Sorrells* et *Sherman* et conclu que la poursuite fédérale a joué en l'espèce [TRADUCTION] «un rôle avilissant» lorsqu'elle est devenue [TRADUCTION] «l'instigateur» du crime en fournissant un ingrédient nécessaire à la fabrication d'une drogue illégale. Le juge Stewart, dissident, (les juges Brennan et Marshall ont souscrit à ses motifs) a lui aussi adopté les motifs de dissidence des deux arrêts antérieurs. Dans cette optique, les juges majoritaires dans les arrêts *Sorrells* et *Sherman* préconisent de restreindre la doctrine de la provocation policière [TRADUCTION] «aux personnes qui seraient innocentes par ailleurs», c'est-à-dire les personnes qui n'auraient pas commis le crime si elles n'y avaient pas été incitées par le gouvernement (à la p. 440). Le juge Stewart aurait appliqué le principe de la minorité dans ces deux affaires et mis ainsi l'accent sur [TRADUCTION] «la question de savoir si la conduite de la police est en deçà des normes d'utilisation à bon escient du pouvoir gouvernemental», ou comme le dit le juge Stewart (à la p. 441):

> [TRADUCTION] En d'autres mots, la question est de savoir si, indépendamment de la prédisposition au crime du défendeur en question, les fonctionnaires du gouvernement ont agi de façon à vraisemblablement encourager ou créer une infraction criminelle. Dans cette optique, il appartient au juge du procès, non au jury, de décider de la légalité de la conduite du gouvernement, comme c'est le cas pour toutes les questions qui soulèvent la légalité des méthodes policières.

The minority prefers an application whereby the "predisposed" or "otherwise innocent" condition of the defendant is irrelevant because "this subjective test means that the Government is permitted to entrap a person with a criminal record or bad reputation, and then to prosecute him for the manufactured crime . . . " [pp. 443-44].

From a review of the earlier decisions the appropriate rule in the minority view is expressed to be (*per* Stewart J. at p. 445):

> But when the agents' involvement in criminal activities goes beyond the mere offering of such an opportunity, and when their conduct is of a kind that could induce or instigate the commission of a crime by one not ready and willing to commit it, then—regardless of the character or propensities of the particular person induced—I think entrapment has occurred.

On principle the supply by a government agent to the defendant of an essential ingredient not otherwise obtainable was precisely the type of governmental conduct that amounts to entrapment in the view of the minority. Therefore, regardless of the defendant's "predisposition" or "innocence", he was entrapped. Neither dissenting judgment deals with the proper disposition of such a case. The reversal of the conviction at trial by the Court of Appeals may have entailed a quashing of the indictment or a dismissal of the charge but the Report [(1972), 459 F. 2d 671] is ambiguous. *Vide* also *Hampton v. United States* (1976), 425 U.S. 484, where entrapment emerged in some of the judgments of the Court but as the discussion centered on constitutional aspects, the case is not here helpful.

In the course of this developing case law in the American courts the American Law Institute published a proposed *Model Penal Code*, 1962. With reference to entrapment the following was proposed:

> Section 2.13. Entrapment.
>
> (1) A public law enforcement official or a person acting in cooperation with such an official perpetrates

La minorité préfère appliquer le principe en faisant abstraction des «prédispositions» du défendeur ou du fait qu'il soit «par ailleurs innocent» parce que [TRADUCTION] «le critère subjectif signifie que le gouvernement peut tendre un piège à une personne qui a déjà un dossier criminel ou une mauvaise réputation, puis la poursuivre pour le crime qu'il a provoqué . . . » (aux pp. 443 et 444).

Passant en revue les décisions antérieures, le juge Stewart, au nom de la minorité, énonce la règle applicable en ces termes, à la p. 445:

> [TRADUCTION] Mais lorsque la participation des policiers dans les activités criminelles va plus loin que le simple fait d'offrir une occasion de ce genre, et lorsque leur conduite est telle qu'elle peut inciter ou provoquer la perpétration d'un crime par une personne qui n'est ni prête ni disposée à le commettre, alors, peu importe la moralité ou les propensions de la personne sollicitée, je crois qu'il y a provocation policière.

En principe, le fait qu'un fonctionnaire du gouvernement fournisse au défendeur un ingrédient essentiel qui ne pouvait être obtenu autrement est précisément le genre de conduite gouvernementale qui, de l'avis des juges de la minorité, constitue la provocation policière. Par conséquent, le défendeur était pris au piège, peu importe ses «prédispositions» ou son «innocence». Aucun des jugements en dissidence ne parle du sort définitif d'un cas de ce genre. Il se peut que l'infirmation par la Cour d'appel, de la condamnation prononcée au procès ait entraîné l'annulation de l'acte d'accusation ou le rejet de l'accusation, mais le recueil [(1972), 459 F. 2d 671] est ambigu sur ce point. Voir également *Hampton v. United States* (1976), 425 U.S. 484, dans lequel on a évoqué la provocation policière dans certains des motifs de jugement de la Cour, mais comme le débat portait surtout sur des aspects constitutionnels, cet arrêt n'est pas utile en l'espèce.

Dans le cadre de la jurisprudence élaborée par les tribunaux américaines, l'American Law Institute a publié en 1962 un projet de *Model Penal Code*. Concernant la provocation policière, on y suggère ce qui suit:

> [TRADUCTION] Article 2.13. Provocation policière.
>
> (1) Un représentant de l'autorité publique ou une personne agissant de concert avec lui est coupable de

an entrapment if for the purpose of obtaining evidence of the commission of an offense, he induces or encourages another person to engage in conduct constituting such offense by either:

(a) making knowingly false representations designed to induce the belief that such conduct is not prohibited; or

(b) employing methods of persuasion or inducement which create a substantial risk that such an offense will be committed by persons other than those who are ready to commit it.

(2) Except as provided in Subsection (3) of this Section, a person prosecuted for an offense shall be acquitted if he proves by a preponderance of evidence that his conduct occurred in response to an entrapment. The issue of entrapment shall be tried by the Court in the absence of the jury.

(3) The defense afforded by this Section is unavailable when causing or threatening bodily injury is an element of the offense charged and the prosecution is based on conduct causing or threatening such injury to a person other than the person perpetrating the entrapment.

See also the Brown Commission proposal for a new federal Criminal Code to the same effect (1971), sec. 702(2). The American entrapment jurisprudence has been the source of much academic comment in the United States as well as in Canada and the United Kingdom. *Vide*: Park, *The Entrapment Controversy* (1976), 60 Minn. L.R. 163; Friedland, *Controlling Entrapment* (1982), 32 U. of T. L.J. 1; Barlow, *Entrapment and the Common Law* (1978), 41 Mod. L.R. 266.

The earliest reference in the Canadian cases to the defence now commonly referred to as entrapment is found in *Amsden v. Rogers* (1916), 26 C.C.C. 389. Like several of the cases which follow, other grounds were found for the dismissal of charges, here the lack of precision in the evidence establishing the locus of the offence to be within the province of charge. In the course of disposing of the appeal on this basis Lamont J., then in the Supreme Court of Saskatchewan, stated:

I do not say that in their efforts to secure evidence in cases where crimes have been committed the officers of

provocation policière si, dans le but d'obtenir la preuve de la perpétration d'une infraction, il incite ou encourage une autre personne à se livrer à une activité constituant cette infraction,

a) en donnant sciemment de faux renseignements visant à lui faire croire que cette activité n'est pas prohibée, ou

b) en utilisant des méthodes de persuasion et d'incitation qui créent un risque réel que cette infraction soit commise par des personnes autres que celles qui étaient prêtes à la commettre.

(2) Sous réserve des dispositions du paragraphe (3) du présent article, une personne poursuivie pour une infraction doit être acquittée si elle établit par une preuve prépondérante que sa conduite résulte de la provocation policière. La question de la provocation doit être jugée par la cour en l'absence du jury.

(3) Le moyen de défense prévu au présent article ne peut être soulevé lorsque le fait de causer ou de menacer de causer des lésions corporelles est un élément de l'infraction reprochée et que la poursuite se fonde sur des voies de fait ou des menaces de voies de fait à l'endroit d'une personne autre que l'auteur de la provocation policière.

Voir également au même effet le nouveau Code criminel fédéral proposé par la Commission Brown, (1971), par. 702(2). La jurisprudence américaine sur la provocation policière est à l'origine de nombreux articles aux États-Unis aussi bien qu'au Canada et au Royaume-Uni. Voir: Park, *The Entrapment Controversy* (1976), 60 Minn. L.R. 163; Freidland, *Controlling Entrapment* (1982), 32 U. of T. L.J. 1; Barlow, *Entrapment and the Common Law* (1978), 41 Mod. L.R. 266.

On trouve la plus ancienne décision canadienne qui mentionne la défense qu'on appelle habituellement provocation policière dans l'affaire *Amsden v. Rogers* (1916), 26 C.C.C. 389. Comme dans plusieurs des affaires qui ont suivi, les accusations ont été rejetées pour d'autres motifs, dans ce cas-là, le manque de précision de la preuve établissant que l'infraction avait été commise dans la province où l'accusation avait été portée. En touchant l'appel sur ce moyen, le juge Lamont, alors juge de la Cour suprême de la Saskatchewan, a dit:

[TRADUCTION] Je ne dis pas que dans leurs efforts pour obtenir des preuves dans des cas où des crimes ont été

the law are not sometimes entitled to resort to pretense and even false statements. There may be cases where that is necessary in the interests of justice to enable them to secure the evidence, and the fact that an officer has resorted to subterfuge may not cast discredit upon the evidence which he discovers by means thereof. But, in my opinion, it is a different matter where the false statements are made, not for the detection of crime committed but for the purpose of inducing its commission, and inducing its commission in order that the person making these statements may be able to prefer a charge for the offence committed at his solicitation.

This Court in *Lemieux v. The Queen*, [1967] S.C.R. 492, found it unnecessary to accept or reject the defence because on the facts before the Court the defendant has not committed the alleged breaking and entering because by police arrangement the owner of the premises has consented to the entry. The facts were well within the requirement of *Sorrells, et al.* but for the foregoing reason it was unnecessary to settle the issue of entrapment on that appeal. Judson J., however, in giving judgment for the Court asserted, albeit in *obiter* (at p. 496):

> Had Lemieux in fact committed the offence with which he was charged, the circumstance that he had done the forbidden act at the solicitation of an *agent provocateur* would have been irrelevant to the question of his guilt or innocence.

In the following year, in *Patterson v. The Queen*, [1968] S.C.R. 157, the Court allowed an appeal from conviction on the basis that the offence of keeping a common bawdy house was not disclosed on the record. The policeman who instigated the alleged transaction by an unsolicited telephone call to the accused was described in the Court of Appeal as an *agent provocateur* but nothing indicates that the defence of entrapment was advanced before this Court. As in *Lemieux* the appeal turned on the failure of the record to disclose the commission of the alleged offence and hence the issue of entrapment did not arise.

In the year following, the Ontario Court of Appeal in *Ormerod*, *supra*, examined the defence

commis, les policiers n'ont pas parfois le droit d'user de faux semblants et même de faire de fausses déclarations. Il peut se trouver des cas où cela est nécessaire dans l'intérêt de la justice pour leur permettre d'obtenir des preuves, et le fait qu'un policier a employé un subterfuge peut ne pas jeter le doute sur la preuve qu'il découvre par ce moyen. Mais à mon avis, c'est bien différent lorsque les fausses déclarations sont faites non pas pour détecter un crime commis mais pour en provoquer la perpétration, et ce pour que la personne qui fait ces déclarations soit à même de porter une accusation pour l'infraction qu'elle a provoquée.

Dans l'arrêt *Lemieux c. La Reine*, [1967] R.C.S. 492, cette Cour a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'accepter ou de rejeter ce moyen de défense parce que, suivant les faits soumis à la Cour, le défendeur n'avait pas commis l'effraction parce qu'en vertu de l'arrangement avec la police, le propriétaire des lieux y avait consenti. Les faits cadraient bien dans les exigences des arrêts *Sorrells* et autres, mais pour le motif susmentionné, il n'était pas nécessaire de trancher la question de la provocation policière dans ce pourvoi. Cependant, dans le jugement qu'il a prononcé au nom de la Cour, le juge Judson a dit, bien que ce soit un *obiter*, (à la p. 496):

> [TRADUCTION] Si Lemieux avait réellement commis l'infraction dont il était accusé, le fait qu'il ait commis un acte prohibé à l'instigation d'un agent provocateur n'aurait eu aucune incidence sur la question de sa culpabilité ou de son innocence.

L'année suivante, dans l'arrêt *Patterson c. La Reine*, [1968] R.C.S. 157, la Cour a accueilli un pourvoi contre une déclaration de culpabilité pour le motif que le dossier ne révélait pas l'infraction qui consiste à tenir une maison de débauche. La Cour d'appel avait qualifié d'agent provocateur le policier qui avait provoqué l'opération imputée au moyen d'un coup de téléphone non sollicité à l'accusé, mais rien n'indique que la défense de provocation policière a été soulevée devant cette Cour. Comme dans l'arrêt *Lemieux*, le pourvoi a été accueilli pour le motif que le dossier n'indiquait pas que l'infraction imputée avait été commise et, ainsi, la question de la provocation policière n'a pas été soulevée.

L'année suivante, dans l'arrêt *Ormerod*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné cette

and in the view of Laskin J.A., as he then was, if there be a general defence an element must be the presence of "... such calculated inveigling and persistent importuning of the accused ... as to go beyond ordinary solicitation of a suspected drug seller" (at p. 238). The exploratory views there expressed seem to be that if the defence had its place in the common law it would be in the Court's inherent power to prevent abuse of its processes.

*R. v. Shipley*, [1970] 2 O.R. 411, records the first judicial application of the defence in this country. The undercover policeman acknowledged that there was no reason to suspect the accused of trafficking in drugs and that the policeman was desirous not "of developing evidence against the accused or to catch him in trafficking". His primary interest in the transactions which followed was to find out the identity of the accused's suppliers. McAndrew Co. Ct. J. found that without the inducement held out by the officer the accused would not have offended the *Narcotic Control Act*. The Court applied the dictum of *Sorrells*, *supra*, to the effect that the officer had done more than supply the opportunity to commit the offence; he had in fact instigated the offence by putting the idea into the mind of the accused; and stayed the prosecution on the authority of the Ontario Court of Appeal decision in *R. v. Osborn*, [1969] 1 O.R. 152, (subsequently reversed in this Court, [1971] S.C.R. 184). See also *R. v. MacDonald* (1971), 15 C.R.N.S. 122 (B.C. Prov. Ct.)

The British Columbia Court of Appeal rejected the defence of entrapment on the facts in *R. v. Chernecki*, *supra*, but in doing so applied the words of Judson J. in *Lemieux*, *supra*, observing that no such defence was then known to the law in this country (*per* Bull J.A., pp. 232-33). Notwithstanding the *Chernecki* decision, Cronin Prov. Ct. J. (B.C.) applied the defence of entrapment in *R. v. Haukness*, [1976] 5 W.W.R. 420, and found the accused not guilty. In *R. v. Sirois*, [1972] 2 W.W.R. 149, Greschuk J. of the Supreme Court of Alberta applied the test in *Sorrells* and rejected the defence on the facts. Similarly, the Nova

défense et, selon l'opinion du juge Laskin, maintenant Juge en chef du Canada, si un moyen de défense général doit exister, un de ses éléments doit être la présence [TRADUCTION] « ... d'un piège calculé et de sollicitations répétées de l'accusé ... qui vont plus loin que l'incitation ordinaire à l'égard d'un individu soupçonné de vendre de la drogue» (à la p. 238). On a semblé vouloir dire que si la défense existait en *common law*, la Cour aurait le pouvoir inhérent d'empêcher qu'on y ait recours de façon abusive.

Le jugement dans l'affaire *R. v. Shipley*, [1970] 2 O.R. 411 constitue la première application judiciaire de ce moyen de défense au pays. L'agent secret y a reconnu qu'il n'y avait pas de raison de soupçonner l'accusé de faire le trafic de stupéfiants et qu'il ne souhaitait pas [TRADUCTION] «monter une preuve contre l'accusé ou le prendre en flagrant délit de trafic». Son principal but dans les opérations qui ont suivi était de découvrir l'identité des fournisseurs de l'accusé. Le juge McAndrew de la Cour de comté a conclu que l'accusé n'aurait pas enfreint la *Loi sur les stupéfiants* si le policier ne l'y avait pas encouragé. La Cour a appliqué le *dictum* de l'arrêt *Sorrells*, précité, suivant lequel le policier avait fait plus que fournir l'occasion de commettre l'infraction; il avait en fait incité à la perpétration de l'infraction en en faisant germer l'idée dans l'esprit de l'accusé. La Cour a ordonné la suspension des procédures en se fondant sur l'arrêt *R. v. Osborn*, [1969] 1 O.R. 152, de la Cour d'appel de l'Ontario (que cette Cour a infirmé par la suite: [1971] R.C.S. 184). Voir également *R. v. MacDonald* (1971), 15 C.R.N.S. 122 (C.P.C.-B.)

Dans l'arrêt *R. v. Chernecki*, précité, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté la défense de provocation policière compte tenu des faits, mais elle a appliqué à cette fin les mots du juge Judson dans l'arrêt *Lemieux*, précité, faisant remarquer que le droit de notre pays ne reconnaissait pas alors ce moyen de défense (le juge Bull, aux pp. 232 et 233). Nonobstant l'arrêt *Chernecki*, le juge Cronin de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique a appliqué la défense de provocation policière dans la décision *R. v. Haukness*, [1976] 5 W.W.R. 420, et a déclaré l'accusé non coupable. Dans l'arrêt *R. v. Sirois*, [1972] 2

Scotia Court of Appeal in *R. v. Bonnar* (1975), 34 C.R.N.S. 182, after a comprehensive review of the law of entrapment in the United States and the tentative discussions of the doctrine in the courts of this country, found on the facts no basis for the defence because the undercover agent (not a policeman) "afforded the accused the opportunity to commit the offence [but] he did not induce him to commit it" (p. 194). In *obiter* Macdonald J.A., speaking for the Court, expressed the view at p. 192:

... that proceedings should be stayed or the accused discharged if it is clear that the accused did not have a prior intention or predisposition to commit the offence with which he is charged but committed it only because the conduct of the agent provocateur was (as Laskin J.A. said in *Regina v. Ormerod* ...) such calculating, inveigling and persistent importuning as went beyond ordinary solicitation. In such a situation there is an abuse of the process of the Court and something that is contrary to public policy. Indeed such conduct by an agent provocateur strikes at the very foundation of the system and administration of criminal justice in a free and democratic society and just cannot be permitted or condoned.

As in *Sorrells*, *supra* the foregoing indicates the need for the presence of two elements:

(a) the absence of prior intention or predisposition in the accused to commit the offence; and

(b) the commission of the offence because of the conduct of the police agent when it amounts to calculating, inveigling and persistent importuning.

There is a brief reference to entrapment in the Report of the Canadian Committee on Corrections (the Ouimet Report, 1969) where at pp. 75-76 it is stated:

... the function of law enforcement officers is to *detect* crime, not to *create* or *encourage* crime.... the use of persuasion or unfair means to induce the commission of an offence by a person who had no pre-existing intention to commit it, and who would not have committed the

W.W.R. 149, le juge Greschuk de la Cour suprême de l'Alberta a appliqué le critère de l'arrêt *Sorrells* et a rejeté ce moyen de défense en raison des faits. De même, dans l'arrêt *R. v. Bonnar* (1975), 34 C.R.N.S. 182, après avoir longuement passé en revue le droit relatif à la provocation policière aux États-Unis et les discussions provisoires de la doctrine par les cours canadiennes, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que les faits ne permettaient pas d'appliquer cette défense parce que l'agent secret (qui n'était pas un policier) [TRADUCTION] «a fourni à l'accusé l'occasion de commettre l'infraction [mais] ne l'a pas incité à la commettre» (à la p. 194). Le juge Macdonald, qui a prononcé le jugement de la Cour à la p. 192, a dit en *obiter*:

[TRADUCTION] ... que les procédures doivent être suspendues ou l'accusé libéré s'il est évident que l'accusé n'avait pas déjà l'intention de commettre l'infraction dont il est accusé ou une propension à la commettre mais qu'il l'a commise parce que la conduite de l'agent provocateur était (comme l'a dit le juge Laskin dans l'arrêt *Regina v. Ormerod*) un piège calculé et des sollicitations répétées qui allaient plus loin que l'incitation ordinaire. Dans un tel cas, il y a abus de procédures et la conduite policière est contraire à l'ordre public. De fait, une telle conduite de la part d'un agent provocateur sape à la base même le système et l'administration de la justice criminelle dans une société libre et démocratique et ne peut absolument pas être permise ni excusée.

Comme dans l'arrêt *Sorrells*, précité, ce passage indique la nécessité de retrouver deux éléments:

a) l'absence, chez l'accusé, d'une intention préalable de commettre l'infraction ou d'une propension à la commettre, et

b) la perpétration de l'infraction à cause de la conduite du policier lorsqu'elle équivaut à un piège calculé ou à des sollicitations répétées.

Le Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle (le rapport Ouimet, 1969) mentionne brièvement la provocation policière aux pp. 75 et 76:

... le rôle des fonctionnaires chargés de l'application de la loi est de *détecter* le crime et non de le *susciter* ou *l'encourager* ... le Comité estime qu'il est tout à fait indéfendable de recourir à la persuasion ou à des moyens malhonnêtes pour pousser à commettre un crime une

offence but for the instigation of law enforcement officers or an *agent provocateur* employed by them, is in the opinion of the Committee wholly indefensible.

With respect to the defence of entrapment the Committee recommended legislation at pp. 79-80, which would provide:

1. That a person is not guilty of an offence if his conduct is instigated by a law enforcement officer or agent of a law enforcement officer, for the purpose of obtaining evidence for the prosecution of such person, if such person did not have a pre-existing intention to commit the offence.

2. Conduct amounting to an offence shall be deemed not to have been instigated where the defendant had a pre-existing intention to commit the offence when the opportunity arose and the conduct which is alleged to have induced the defendant to commit the offence did not go beyond affording him an opportunity to commit it.

3. The defence that the offence has been instigated by a law enforcement officer or his agent should not apply to the commission of those offences which involve the infliction of bodily harm or which endanger life.

The Report of the Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police (The McDonald Commission, 1981) made a somewhat similar recommendation with reference to the defence of entrapment. See Second Report, vol. II, at p. 1053.

If there be a defence of entrapment available to the accused in the circumstances of this appeal it cannot be of statutory origin for it is not to be found in the *Criminal Code*. If a defence arises in the common law it can only find its way into the courts through s. 7(3) of the *Code*:

7. ...

(3) Every rule and principle of the common law that renders any circumstance a justification or excuse for an act or a defence to a charge continues in force and applies in respect of proceedings for an offence under this Act or any other Act of the Parliament of Canada, except in so far as they are altered by or are inconsistent with this Act or any other Act of the Parliament of Canada.

personne qui ne l'avait aucunement projeté et qui ne l'aurait pas commis n'eût été l'incitation des fonctionnaires chargés de l'application de la loi, ou d'un agent provocateur à leur service.

Relativement à la défense de provocation policière, le Comité a recommandé, aux pp. 81 à 86, que la loi prévoie:

1. qu'une personne n'est pas coupable d'une infraction si sa conduite résulte de l'instigation d'un fonctionnaire chargé de l'application de la loi, ou de l'agent d'un tel fonctionnaire, dont le but est de recueillir des éléments de preuve permettant de poursuivre cette personne, si elle n'était pas, avant cette incitation, disposée à commettre l'infraction;

2. qu'un comportement équivalent à une infraction est censé ne pas être le fruit d'une incitation si l'accusé avait projeté de commettre l'infraction, advenant qu'il en ait l'occasion et que celui qui est censé avoir poussé l'accusé à commettre l'infraction s'est limité à lui procurer l'occasion de la commettre;

3. que le moyen de défense fondé sur le fait que l'infraction a été le fruit d'une incitation par un fonctionnaire chargé de l'application de la loi, ou son agent, ne devrait pas s'appliquer à la commission des infractions qui comportent des lésions corporelles ou qui mettent la vie en danger.

Le Rapport de la Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (la Commission McDonald, 1981) a fait une recommandation en ce sens relativement à la défense de provocation policière. Voir le second rapport, vol. II, à la p. 1053.

Si, dans les circonstances de l'espèce, l'accusé peut soulever une défense de provocation policière, cette défense n'a pas de fondement législatif puisqu'on ne la trouve pas dans le *Code criminel*. Si cette défense existe en *common law*, on ne peut la soulever qu'en invoquant le par. 7(3) du *Code*:

7. ...

(3) Chaque règle et chaque principe de la *common law* qui font d'une circonstance une justification ou excuse d'un acte, ou un moyen de défense contre une inculpation, demeurent en vigueur et s'appliquent à l'égard des procédures pour une infraction visée par la présente loi ou toute autre loi du Parlement du Canada, sauf dans la mesure où ils sont modifiés par la présente loi ou une autre loi du Parlement du Canada ou sont incompatibles avec l'une d'elles.

This provision in turn only supports the application of such a defence if subs. (3) has a continuing prospective character when properly construed. The Chief Justice assumes this to be the case in *Kirzner*, *supra*, at p. 496:

> I do not think that s. 7(3) should be regarded as having frozen the power of the Courts to enlarge the content of the common law by way of recognizing new defences, as they may think proper according to circumstances that they consider may call for further control of prosecutorial behaviour or of judicial proceedings.

Bull J.A. in *Chernecki*, *supra*, on the other hand, appears to take the opposite view of s. 7(3). The conventional view has been that the common law is always speaking. Some theories hold that it is a process of discovery, others of evolution. Whatever it might be properly classified to be in jurisprudence it would take the clearest and most precise language in a statute which purports to incorporate the principles of common law to so construe it as to crystallize the common law at the date of enactment of the statute. If so, the importation of common law principles would be limited to those which had crystallized and developed prior to the effective date of the statute. Section 7(3) does not employ such words. It is at most ambiguous, susceptible either to the static view or to the view that it makes reference to the common law as an evolving, developing system of rules and principles. Where a statute might be read as displacing the common law the appropriate canon of interpretation is a preference for that construction which preserves the rule of common law where it can be done consistently with the statute. By analogy the common law would be allowed to develop defences not inconsistent with the provisions of the *Code* if the construction adopted was prospective. For this conclusion I find support in the Report of the Imperial Commissioners of the draft Code of 1879, s. 19 of which is the forerunner of our present s. 7(3). The Commissioners explained the inclusion of s. 19 (now s. 7(3)) as follows, at Volume I, p. 10 of their Report:

> But whilst we exclude from the category of indictable offences any culpable act or omission not provided for by this or some other Act of Parliament, there is another

Par contre, cette disposition appuie l'application de ce moyen de défense uniquement si le par. (3), lorsqu'on l'interprète correctement, continue à produire ses effets pour l'avenir. Dans l'arrêt *Kirzner*, précité, à la p. 496, le Juge en chef présume que c'est le cas:

> Je ne crois pas que le par. 7(3) interdise aux tribunaux d'étendre le contenu de la *common law* en admettant de nouveaux moyens de défense, qu'ils peuvent estimer appropriés s'il leur semble que les circonstances requièrent un contrôle plus serré de la conduite de la poursuite et des procédures judiciaires.

Par contre, dans l'arrêt *Chernecki*, précité, le juge Bull semble analyser le par. 7(3) de façon contraire. On estime d'ordinaire que la *common law* s'applique toujours. Selon certaines théories, c'est un processus de découverte, selon d'autres, un processus d'évolution. Quelle que soit la classification que lui attribue la jurisprudence, il faudrait qu'une loi qui prétend incorporer les principes de la *common law* emploie les termes les plus clairs et les plus précis pour qu'on puisse dire qu'elle cristallise la *common law* à la date de son adoption. Dans ce cas, l'importation des principes de la *common law* se limiterait à ceux qui sont déjà cristallisés et qui ont été élaborés avant la date d'entrée en vigueur de la loi. Le paragraphe 7(3) n'emploie pas de tels termes. Il est au plus ambigu, et on peut considérer qu'il est statique ou qu'il se rapporte à la *common law* comme à un ensemble de règles et de principes qui évoluent et se développent. Quand on peut dire d'une loi qu'elle remplace la *common law*, la règle d'interprétation qui s'impose est celle qui permet le maintien de la règle de la *common law*, lorsque cela est possible sans déroger à la loi. Par analogie, si l'interprétation adoptée tient compte des effets futurs de la *common law*, on permettrait à celle-ci de créer des moyens de défense compatibles avec les dispositions du *Code*. J'appuie cette conclusion sur le Rapport de la Commission impériale sur le projet de Code de 1879, dont l'art. 19 est le précurseur de notre par. 7(3) actuel. Les commissaires ont expliqué comme suit l'inclusion de l'art. 19 (maintenant le par. 7(3)) au Volume I, p. 10 de leur Rapport:

> [TRADUCTION] Mais bien que nous excluions de la catégorie des actes criminels tout acte ou toute omission coupables qui ne sont pas prévus par la présente loi ou

branch of the unwritten law which introduces different considerations; namely, the principles which declare what circumstances amount to a justification or excuse for doing that which would be otherwise a crime, or at least would alter the quality of the crime. In the cases of ordinary occurrence, the decisions of the Courts and the opinions of great lawyers enable us to say how the principles of the law are to be applied. And so far the unwritten law may be digested without extreme difficulty and with practical advantage, and so far also it may be settled and rendered certain.

In our opinion the principles of the common law on such subjects, when rightly understood, are founded on sense and justice. There are a few points on which we venture to suggest alterations, which we shall afterwards state in detail. At present we desire to state that in our opinion it is, if not absolutely impossible, at least not practicable, to foresee all the various combinations of circumstances which may happen, but which are of so unfrequent occurrence that they have not hitherto been the subject of judicial consideration, although they might constitute a justification or excuse, and to use language at once so precise and clear and comprehensive as to include all cases that ought to be included, and not to include any case that ought to be excluded.

We have already expressed our opinion that it is on the whole expedient that no crimes not specified in the Draft Code should be punished, though in consequence some guilty persons may thus escape punishment. But we do not think it desirable that, if a particular combination of circumstances arises of so unusual a character that the law has never been decided with reference to it, there should be any risk of a Code being so framed as to deprive an accused person of a defence to which the common law entitles him, and that it might become the duty of the judge to direct the jury that they must find him guilty, although the facts proved did show that he had a defence on the merits, and would have an undoubted claim to be pardoned by the Crown. While, therefore, digesting and declaring the law as applicable to the ordinary cases, we think that the common law so far as it affords a defence should be preserved in all cases not expressly provided for. This we have endeavoured to do by Section 19 of the Draft Code.

It might also be noted that in recent years this Court has adverted to common law defences of duress *(Paquette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 189), necessity (*Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616), and due diligence (*R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299), without exclusive

par une autre loi du Parlement, il y a une autre partie du droit non écrit qui introduit des considérations différentes; il s'agit des principes qui énoncent quelles circonstances permettent de justifier ou d'excuser ce qui serait par ailleurs un acte criminel ou du moins de modifier la nature de l'acte criminel. Dans les cas courants les décisions des tribunaux et les opinions des grands juristes nous permettent de dire comment doivent être appliqués les principes juridiques. Et jusqu'à présent, le droit coutumier peut être codifié sans trop de difficulté et avec un avantage pratique, et il peut en outre être fixé et rendu certain.

A notre avis, les principes de la *common law* sur ces sujets, lorsqu'on les comprend bien, se fondent sur le bon sens et la justice. Nous allons toutefois proposer de modifier certains points que nous énoncerons plus loin en détail. Pour l'instant, nous désirons dire qu'à notre avis, il est, sinon absolument impossible, du moins irréalisable, de prévoir tous les concours de circonstances possibles, mais qui se produisent si peu souvent que les tribunaux ne les ont pas encore examinés, bien qu'ils puissent constituer une justification ou une excuse, et d'employer immédiatement un langage à ce point précis, clair et complet qu'il inclut tous les cas qui doivent l'être et qu'il exclut tous les cas qui doivent l'être.

Nous avons déjà exprimé l'opinion qu'il est dans l'ensemble opportun de ne pas punir les crimes qui ne sont pas prévus de façon précise dans le projet de code, même si en conséquence certains coupables peuvent ainsi échapper au châtiment. Mais nous ne croyons pas souhaitable que, devant un concours de circonstances si inhabituelles que le droit n'a jamais été dit à cet égard, il y ait un risque que le Code soit rédigé de façon à priver un accusé d'une défense que lui reconnaît la *common law*, ni que le juge ait l'obligation d'ordonner au jury de le déclarer coupable, même si les faits établis révèlent qu'il a une défense au fond et qu'il pourrait demander avec succès sa grâce à la poursuite. Par conséquent, tout en codifiant et en énonçant le droit qui s'applique aux cas habituels, nous croyons que dans la mesure où elle prévoit une défense la *common law* devrait être maintenue pour tous les cas qui ne sont pas prévus de façon expresse. C'est ce que nous avons essayé de faire dans l'art. 19 du projet de code.

Il faut en outre remarquer qu'au cours des dernières années, cette Cour a parlé des moyens de défense de *common law* que sont la contrainte (*Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189), la nécessité (*Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616) et la diligence raisonnable (*R. c.*

concern for the state of the law prior to the 1892 introduction of the *Criminal Code*.

Applying the ordinary rule of construction where statutes and common law meet I conclude that s. 7(3) is the authority for the courts of criminal jurisdiction to adopt, if appropriate in the view of the court, defences including the defence of entrapment. The components of such a defence and the criteria for its application raise other issues.

Having found the way open for the development of defences not contrary to the provisions of the *Code* or other statutes of Canada, consideration must be given to the juristic nature of the doctrine of entrapment. While it is frequently referred to in legal writings and sometimes in the courts as the 'defence of entrapment' it is not a defence in the traditional sense of that term. A successful defence leads to an acquittal on the charge, a determination that the offence has not been committed by the accused. Here, axiomatically, the crime from a physical point of view at least has been committed. Indeed it may be that the necessary intent and act have combined to form a complete crime. The successful application of the doctrine of entrapment, if it be a defence in the ordinary sense, would support an acquittal. The *Criminal Code* authorizes acquittals in somewhat similar circumstances as in the case of the defence of duress. However, as will be seen later, the successful application of the concept of entrapment leads to a stay of prosecution, the court withholding its processes from the prosecution on the basis that such would bring the administration of justice into disrepute. This is an exercise of the inherent powers of the courts. Entrapment is not in a traditional sense a defence. For convenience and ease of reference as well as to conform to the present vocabulary of the law, I sometimes refer to the doctrine as the 'defence of entrapment' although in strict law it is not a defence. Therefore, for this technical reason, it may not be necessary to invoke s. 7(3) other than to illustrate by analogy the continuing flexibility of the criminal law within and without the *Criminal Code*.

*Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299), sans s'attacher exclusivement à l'état du droit antérieur à l'adoption du *Code criminel* en 1892.

Appliquant la règle ordinaire d'interprétation lorsque les lois et la *common law* se rencontrent, je conclus que le par. 7(3) permet aux cours de juridiction criminelle d'adopter, si le tribunal l'estime opportun, les moyens de défense dont la provocation policière. Les composantes de ce moyen de défense et les critères de son application soulèvent d'autres questions.

Dès lors qu'il est possible d'élaborer des moyens de défense qui ne sont pas contraires aux dispositions du Code ou des autres lois canadiennes, il faut examiner le caractère juridique de la doctrine de la provocation policière. Même si les textes juridiques et parfois les tribunaux qualifient souvent cette défense de «défense de provocation policière», ce n'est pas un moyen de défense au sens traditionnel de ce terme. Un moyen de défense qui réussit entraîne l'acquittement, la décision que l'accusé n'a pas commis l'infraction. Ici, évidemment le crime, pris au sens matériel du moins, a été commis. Il se peut de fait que l'intention nécessaire et l'acte soient réunis pour former un crime complet. L'application de la doctrine de la provocation policière, si elle constitue un moyen de défense au sens ordinaire, entraînerait l'acquittement. Le *Code criminel* permet l'acquittement dans des cas à peu près semblables, par exemple celui de la défense de contrainte. Cependant, comme on le verra plus loin, l'application du concept de la provocation policière entraîne une suspension des procédures, car le tribunal refusera d'entendre la poursuite pour le motif que cela ternirait l'image de la justice. Il s'agit là pour les tribunaux d'exercer leurs pouvoirs inhérents. La provocation policière n'est pas un moyen de défense au sens traditionnel. Pour plus de commodité, et aussi pour me conformer au vocabulaire juridique actuel, je qualifie parfois cette doctrine de «défense de provocation» bien qu'en droit strict, ce ne soit pas un moyen de défense. Par conséquent, pour cette raison de procédure, il peut ne pas être nécessaire d'invoquer le par. 7(3) si ce n'est pour illustrer par analogie la souplesse constante du droit criminel prévu ou non au *Code criminel*.

The availability of this defence in law and the proper constituent elements of the offence are closely entwined. Assuming the defence to be known to the common law and available in Canadian criminal law, in a proper case what are the component elements, the criteria to be met for its invocation? It is, of course, impossible to cast *in futuro* a set of guides, principles, rules or yardsticks with satisfactory precision and detail. This defence perhaps more than any other will succeed only in an unusual and delicately balanced set of circumstances. Case law will have to paint in the variants. The principal elements or characteristics of the defence are that an offence must be instigated, originated or brought about by the police and the accused must be ensnared into the commission of that offence by the police conduct; the purpose of the scheme must be to gain evidence for the prosecution of the accused for the very crime which has been so instigated; and the inducement may be but is not limited to deceit, fraud, trickery or reward, and ordinarily but not necessarily will consist of calculated inveigling and persistent importuning. The character of the initiative taken by the police is unaffected by the fact that the law enforcement agency is represented by a member of a police force or an undercover or other agent, paid or unpaid, but operating under the control of the police. In the result, the scheme so perpetrated must in all the circumstances be so shocking and outrageous as to bring the administration of justice into disrepute.

La possibilité de se prévaloir de ce moyen de défense en droit et les éléments particuliers qui composent l'infraction sont intimement liés. Si on tient pour acquis que cette défense est connue en *common law* et qu'elle existe en droit criminel canadien, quels sont dans un cas approprié les éléments qui la composent, les critères qui permettent de s'en prévaloir? Il est évidemment impossible d'énoncer *in futuro* un ensemble de normes, de principes, de règles ou de mesures avec suffisamment de précision et de détail. Peut-être plus que tout autre, ce moyen de défense ne réussira que s'il se présente un ensemble de circonstances inhabituelles et particulières. Les précédents devront établir les nuances. Les éléments principaux ou les caractéristiques du moyen de défense sont qu'une infraction doit être provoquée, amorcée ou occasionnée par la police dont la conduite doit inciter l'accusé à commettre l'infraction; le plan doit avoir pour but de trouver des preuves en vue de poursuivre l'accusé pour le crime même qui a été ainsi provoqué; et l'incitation peut résulter, notamment, de la tromperie, de la fraude, de la supercherie ou d'une récompense, et comportera ordinairement mais pas obligatoirement un piège calculé et des sollicitations répétées. Le fait que le corps policier soit représenté par un policier, un agent secret ou une autre personne, payée ou non, mais qui agit sous les ordres de la police ne change rien à la nature de l'initiative de la police. En définitive, cette machination doit dans tous les cas être si révoltante et si indigne qu'elle ternit l'image de la justice.

At least one relevant circumstance in examining the character in law of the police conduct (such as persistent importuning) is whether the law enforcement agency had a reasonable suspicion that the accused would commit the offence without inducement. By itself and without more the predisposition in fact of the accused is not relevant to the availability of the defence. On the other hand, where the true purpose of the police initiative is to put the enforcement officers in a position to obtain evidence of an offence when committed, absent other circumstances already noted, the concept of entrapment does not arise.

Un point important dans l'examen de l'aspect juridique de la conduite policière (du genre des sollicitations répétées), est de savoir si le corps policier pouvait raisonnablement soupçonner que l'accusé commettrait l'infraction sans incitation. Prise isolément et sans rien d'autre, la prédisposition réelle de l'accusé n'a aucun rapport avec la possibilité de se prévaloir de cette défense. Par contre, le concept de la provocation policière n'a pas d'application lorsque le but véritable de l'action policière est de permettre aux policiers d'obtenir la preuve d'une infraction lorsqu'elle est commise, en l'absence des autres circonstances déjà énumérées.

Each case will turn within the influence of these factors according to its own circumstances. The root of the defence must, in my view, be the same as, for example, the exclusion of involuntary confessions. The integrity of the criminal justice system demands the rule. The exclusionary rule in any defence based upon the same ultimate considerations will be difficult of administration; but that is not a fatal consideration. Even if entrapment were found to be based upon a rule of statutory interpretation, as Chief Justice Hughes has said, its application, as for example in *Russell*, *supra*, is difficult. Fine lines are drawn in the determination of guilt and innocence throughout the criminal law. The overriding need in the field which we have been examining on this appeal is for a device in the criminal justice system which will not expose the community to the spectacle of a person being convicted of a crime, the commission of which in substance was the work of the state itself.

As we have seen the United States Supreme Court is ambivalent on the consequences of implementation of the defence of entrapment. The majority view in *Sorrells* and *Russell* has considered it to be a matter for the jury on the proper instructions of the trial judge in the ordinary way. In this process the defence leads the evidence of entrapment and the prosecution has the right of reply. The difficulties with this procedure are described above in excerpts from the minority view from the *Sorrells* case forward. The minority position is that abuse of process is the fundamental safeguard available to the community through the court for the preservation of the integrity of the administration of justice. It is for the courts and no one else to maintain that integrity and to keep the courts free and immune from improper employment by other branches of government. Thus the minority view decries the employment of a rule of statutory construction to find that the accused, although he has committed the crime, has not offended the statute and thereby is entitled to a defence. The minority view meets the problem head-on by acknowledging the commission of the offence but, in the circumstances raised by the defence of entrapment, treating the case as one the

Chaque cas dépendra de l'influence de ces facteurs selon ses circonstances propres. Le fondement de la défense doit, à mon avis, être le même que, par exemple, l'exclusion des confessions qui ne sont pas volontaires. L'intégrité du système de justice criminelle impose cette règle. Il sera difficile d'appliquer la règle d'exclusion dans une défense qui s'appuie sur les mêmes considérations fondamentales; mais cela n'est pas d'une importance capitale. Même si on conclut que la provocation policière se fonde sur une règle d'interprétation des lois, comme l'a dit le juge en chef Hughes, son application, comme dans l'arrêt *Russell*, précité, reste difficile. Dans tout le droit criminel, on fait des distinctions subtiles pour établir la culpabilité et l'innocence. Dans le domaine que nous examinons en l'espèce, il importe avant tout de doter le système de justice criminelle d'un mécanisme qui permette d'éviter d'exposer au public le spectacle d'une personne qui est déclarée coupable d'un crime dont la perpétration découle en substance de la conduite de l'Etat lui-même.

Comme nous l'avons vu, la Cour suprême des États-Unis envisage de deux façons les conséquences de la mise en oeuvre de la défense de provocation policière. Dans les arrêts *Sorrells* et *Russell*, la majorité a estimé que la question devait être soumise au jury avec les directives appropriées données par le juge du procès de la façon ordinaire. En procédant ainsi, la défense fait la preuve de la provocation policière et la poursuite a le droit de la réfuter. Les difficultés que soulève cette procédure sont décrites ci-dessus dans les extraits déjà cités des opinions des juges formant la minorité dans l'arrêt *Sorrells*. Selon eux, la protection contre l'abus de procédures est la garantie fondamentale dont dispose le public, par l'intermédiaire des tribunaux, pour le maintien de l'intégrité de l'administration de la justice. Il appartient aux tribunaux seulement d'assurer le maintien de cette intégrité et de mettre les cours à l'abri des recours abusifs de la part des autres organes du gouvernement. Ainsi, l'opinion minoritaire rejette l'emploi d'une règle d'interprétation des lois pour déclarer que même si l'accusé a commis le crime, il n'a pas enfreint la loi et qu'il a droit par conséquent à une défense. L'opinion minoritaire aborde la question de front en reconnaissant que l'infraction a été

hearing of which in court would be an abuse of the judicial system by the prosecutorial arm of government. The remedy in such a case therefore is a stay of prosecution, a denial of the courts to their improper use by the law enforcement agencies of the community. Sometimes the United States courts quashed the indictment and sometimes simply entered a stay. There seems to be no distinction in the law of that country, at least in this sector of the law, between the remedy of a dismissal, quashing of indictment or indefinite stay of prosecution. The essential difference between the minority and majority is that the latter leave the issue to the jury in the ordinary way as though this were a substantive defence, whereas the minority take the view that the protection of the process of the Court and the institution of the Court in order to preserve it for the discharge of its proper role in the community is a function for the Court and the Court alone. This raises philosophical difficulties when one considers the defence of duress where of course the physical act in question has been committed. The defence is available through the ordinary processes of trial and, if a jury is involved, will include the assessment of all the evidence and circumstances by the jury to determine the success of the defence.

In the case of entrapment, the minority in the United States Supreme Court has concluded that on balance the public interest requires that the administration of justice be safeguarded against the challenge coming from the executive branch of government through the abuse of the judicial process, by the presiding judge himself without the intervention of a jury. This school of thought has in its support the need for continuity of administration of the principle. The realization of an abuse of the judicial branch is a question essentially of law or law and political science and one not by its nature ordinarily assigned to the jury component of the trial courtroom. It would seem, on a pure application of criminal procedure, that a stay is the proper judicial step. I find comfort in this

commise mais, dans les circonstances que soulève la défense de provocation policière, en considérant que l'audition de l'affaire constituerait un abus de procédures judiciaires du gouvernement à titre de poursuivant. En conséquence, le remède dans ce cas consiste à surseoir aux procédures, à refuser aux organismes publics chargés de faire appliquer la loi d'utiliser de façon abusive le recours aux tribunaux. Dans certains cas, les cours américaines ont annulé l'acte d'accusation et dans d'autres, elles ont simplement ordonné la suspension d'instance. Le droit de ce pays ne semble faire aucune distinction, du moins dans ce domaine du droit, entre le rejet de la poursuite, l'annulation de l'acte d'accusation et la suspension d'instance pour une durée indéfinie. La principale différence entre les opinions minoritaires et majoritaires est que ces dernières soumettent la question au jury de la façon ordinaire comme s'il s'agissait d'une défense au fond, alors que la minorité estime qu'il appartient au tribunal et à lui seul de protéger sa fonction et sa constitution afin de s'assurer qu'il remplit le rôle que la société attend de lui. Cela soulève des difficultés d'ordre philosophique lorsqu'on envisage la défense de contrainte alors que l'acte matériel dont il s'agit a effectivement été commis. Le moyen de défense peut être invoqué dans le cours ordinaire du procès et, s'il y a un jury, il comprendra l'examen, par le jury, de toute la preuve et des faits pour décider s'il y a lieu de l'accueillir.

Dans le cas de la provocation policière, les juges minoritaires en la Cour suprême des États-Unis ont conclu qu'à tout prendre, l'intérêt public exige que le juge du procès lui-même protège l'administration de la justice contre les atteintes du pouvoir exécutif par le moyen de l'abus des procédures judiciaires, et ce sans faire intervenir le jury. Cette école de pensée s'appuie sur la nécessité d'uniformiser l'application du principe. La constatation d'un abus de procédures judiciaires est essentiellement une question de droit ou de droit et de science politique et n'est pas, par essence, une question qui est ordinairement soumise au jury appelé à siéger. Si on applique la procédure criminelle de façon stricte, il semble que la suspension d'instance soit la mesure judiciaire qui s'impose.

conclusion in *Bonnar*, *supra*, *per* Macdonald J.A. at p. 192.

What basis, therefore, do we have in our criminal judicial system for a court staying a prosecution brought in the ordinary way by the executive branch of the government charged with the enforcement of the criminal law? This Court considered its role where abuse of process was advanced as a defence in *R. v. Osborn* which came to this Court from the Ontario Court of Appeal where Jessup J.A., speaking for the Court in [1969] 1 O.R. 152, at p. 155, concluded:

> ... the courts of this Province have from the earliest times invoked an inherent jurisdiction to prevent the abuse of their process through oppressive or vexatious proceedings.

This brings us then to the basic question as to whether or not after the judgments of this Court in *Osborn* and in *Rourke*, *infra*, there is any jurisdiction in a Canadian criminal court to stay a prosecution on the grounds of abuse of process whether or not that abuse takes the form of the defence of entrapment. The Court of Appeal in *Osborn* was, in the result, reversed in this Court on the grounds that there is no basis in our criminal law for a finding of oppression by reason only of the fact that a multiplicity of charges are successively laid in relation to the same facts. In that case the respondent was acquitted on a charge of having in possession seven cheques intended to be used to commit a forgery. A year later the accused was indicted on a charge of conspiring to commit the indictable offence of uttering the same seven forged cheques. This was found in this Court not to be either oppressive or subject to any remedy such as abuse of process. In the view of Pigeon J. (Martland and Judson JJ. concurring), the issue was very narrow and dealt entirely with the right in the prosecution to come back with the second charge as it did. In his judgment Pigeon J. stated in part at pp. 188-89:

> In the instant case, it does not appear to me that I need consider whether the trial judge had jurisdiction to make the order that the Court of Appeal held he should have made.
>
> . . .

J'appuie cette conclusion sur les motifs du juge Macdonald dans l'arrêt *Bonnar*, précité, à la p. 192.

Par conséquent, qu'est-ce qui, dans notre système pénal, permet à une cour de suspendre une instance introduite de la façon ordinaire par l'exécutif du gouvernement chargé de l'application de la loi criminelle? Cette Cour a examiné son rôle quand on a soulevé l'abus de procédures dans l'affaire *R. c. Osborn*, un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans lequel le juge Jessup a conclu, au nom de la Cour d'appel, à [1969] 1 O.R. 152, à la p. 155:

> [TRADUCTION] ... les cours de cette province ont de tous temps invoqué une compétence inhérente pour empêcher l'abus de procédures devant elles au moyen de procédures opprimantes ou vexatoires.

Cela nous amène alors à la question fondamentale de savoir si, après les arrêts de cette Cour *Osborn* et *Rourke*, cité plus loin, une cour criminelle au Canada a compétence pour suspendre une instance en raison d'un abus de procédure, peu importe que cet abus prenne la forme de la défense de provocation policière. Cette Cour a en définitive infirmé la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Osborn* pour le motif que rien dans notre droit criminel ne permet de conclure à l'oppression simplement parce qu'on porte successivement une multiplicité d'accusation relativement aux mêmes faits. Dans cette affaire, l'intimé a été acquitté d'une accusation d'avoir eu en sa possession sept chèques destinés à servir pour commettre un faux. Un an plus tard, la même personne a été accusée d'avoir comploté en vue de commettre l'acte criminel qu'est la présentation de ces sept mêmes chèques falsifiés. Cette Cour a décidé que cette poursuite n'était pas oppressive ni susceptible d'un recours tel l'abus de procédure. De l'avis du juge Pigeon (auquel souscrivent les juges Martland et Judson), la question était très restreinte et portait entièrement sur le droit de la poursuite de porter comme elle l'a fait une seconde accusation. Dans les motifs de sa décision, le juge Pigeon dit notamment, aux pp. 188 et 189:

> Dans la présente affaire, j'estime inutile de considérer si le Juge de première instance avait le pouvoir de rendre l'ordonnance que, selon la Cour d'appel, il aurait dû rendre.
>
> . . .

In this country, Parliament's conception of fairness has always been ... that when a conviction is quashed (Cr. Code, sec. 592(2)) a new trial can be ordered instead of an acquittal and such is always the order made except in special circumstances.

In reaching his conclusion Pigeon J. cited from the British decision of *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254, and particularly from the judgments of Lord Morris at p. 1301 and Lord Hodson at p. 1336 wherein repeated reference was made to an inherent power of a court to control its own processes, but that such power should not be used simply on the basis that a court would have preferred that the charge in question not have been brought. The minority in *Osborn* simply found that the facts did not give rise to oppression and consequently it was unnecessary to determine the extent to which the doctrine of the abuse of process might be employed in our criminal courts. The Chief Justice simply agreed that the appeal should be allowed and gave no reason.

Before proceeding to an examination of the decision of this Court in *Rourke*, *supra*, one should examine briefly the judgments in *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, *supra*. Lord Reid, at p. 1296, after disposing of the narrow question then before the Court, stated:

But I think there must always be a residual discretion to prevent anything which savours of abuse of process.

Lord Morris, at p. 1304, narrowed the discretion somewhat by stating:

It would, in my judgment, be an unfortunate innovation if it were held that the power of a court to prevent any abuse of its process or to ensure compliance with correct procedure enabled a judge to suppress a prosecution merely because he regretted that it was taking place.

Lord Devlin, on the other hand, at p. 1347, took a much broader view of the authority of the Court to protect its own processes:

Under the first head I must observe that nearly the whole of the English criminal law of procedure and evidence has been made by exercise of the judges of

Dans notre pays, le législateur a toujours ... estimé équitable le principe d'un nouveau procès au lieu d'un acquittement quand la condamnation est annulée, [Code cr., art. 592(2)] et la décision est invariablement en ce sens, sauf dans des circonstances spéciales.

Dans le cadre de son raisonnement, pour appuyer sa conclusion, le juge Pigeon a cité des extraits de l'arrêt britannique *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254, et en particulier des motifs de jugement de lord Morris à la p. 1301 et de lord Hodson à la p. 1336, dans lesquels on réitère qu'une cour a le pouvoir inhérent de contrôler sa propre procédure, mais qu'elle ne doit pas utiliser ce pouvoir simplement parce qu'elle aurait préféré que l'accusation n'ait pas été portée. Dans l'arrêt *Osborn*, les juges de la minorité ont simplement constaté que les faits ne permettaient pas de conclure qu'il y a eu oppression et qu'il n'était par conséquent pas nécessaire de décider dans quelle mesure nos cours criminelles doivent employer la doctrine de l'abus de procédure. Le Juge en chef s'est simplement dit d'accord pour accueillir le pourvoi et n'a pas donné de motifs.

Avant de passer à l'examen de l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Rourke*, précitée, il y a lieu d'examiner brièvement les motifs de l'arrêt *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, précité. Après avoir répondu à la question restreinte soumise alors à la Cour, lord Reid a dit, à la p. 1296:

[TRADUCTION] Mais je crois qu'il doit toujours y avoir un pouvoir discrétionnaire résiduel pour empêcher quoi que ce soit qui sente l'abus de procédure.

Lord Morris a quelque peu restreint le pouvoir discrétionnaire en disant, à la p. 1304:

[TRADUCTION] Ce serait à mon avis une innovation malheureuse que de décider que le pouvoir d'un tribunal de prévenir tout abus de procédure ou de veiller à l'observation de la procédure convenable, permet à un juge d'annuler une poursuite simplement parce qu'elle lui répugne.

Par contre, lord Devlin, à la p. 1347, a envisagé plus largement le pouvoir de la cour de protéger ses propres procédures.

[TRADUCTION] Sur le premier point, je dois faire remarquer que presque tout le droit criminel anglais concernant la procédure et la preuve provient de l'exer-

their power to see that what was fair and just was done between prosecutors and accused. The doctrine of autrefois was itself doubtless evolved in that way.

Lord Pearce adopted the broad view of Lord Devlin when he stated at p. 1365:

The court has, I think, a power to apply, in the exercise of its judicial discretion, the broader principles to cases that do not fit the actual pleas [pleas of *autrefois convict* and *autrefois acquit*] and a duty to stop a prosecution which on the facts offends against those principles and creates abuse and injustice.

Viewed in the light of the *Connelly* case, reference to which was repeatedly made in *Osborn*, it is difficult to see *Osborn* as establishing anything more than that the doctrine of abuse of prosecution will not avail an accused in a case of multiple charges brought on the same set of facts if nothing more is involved. The House of Lords continued the examination of the breadth of application, not the existence, of the doctrine of the abuse of process in *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497. Lord Hailsham, at p. 517, acknowledged the inherent jurisdiction of the Court to protect its own processes against abuse. Lord Salmon also found a general discretion in the Court to stay proceedings which were vexatious or oppressive (p. 528); and Lord Edmund-Davies took the same general position (pp. 533-35):

Notwithstanding certain of my observations in delivering the judgment of the Court of Criminal Appeal in *Connelly*, I am now satisfied that, in the words of Lord Parker CJ in *Mills v Cooper* [[1967] 2 All ER at 104, [1967] 2 QB at 467], 'every court has undoubtedly a right in its discretion to decline to hear proceedings on the ground that they are oppressive and an abuse of the process of the court' . . . .

While judges should pause long before staying proceedings which on their face are prefectly regular, it would indeed be bad for justice if in such fortunately rare cases as *R v Riebold*, [[1967] 1 All ER 653, [1967] 1 WLR 674] their hands were tied and they were obliged to allow the further trial to proceed. In my judgment, *Connelly* established that they are vested with

cice, par les juges, de leur pouvoir de s'assurer que la justice et l'équité étaient assurées entre les poursuivants et les accusés. La doctrine d'autrefois acquit et d'autrefois convict en est indubitablement le produit.

Lord Pearce a adopté le point de vue plus large de lord Devlin lorsqu'il dit, à la p. 1365:

[TRADUCTION] Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la Cour a, à mon avis, le pouvoir d'appliquer les principes plus libéraux aux cas auxquels ne s'appliquent pas les véritables plaidoyers [les plaidoyers d'autrefois convict et d'autrefois acquit] et a l'obligation d'arrêter une poursuite qui, compte tenu des faits, contrevient à ces principes et donne lieu à un abus et à une injustice.

A la lumière de l'arrêt *Connelly*, qui est mentionné de façon répétée dans l'arrêt *Osborn*, on peut difficilement dire que ce dernier va plus loin qu'établir qu'un accusé ne peut se prévaloir de la doctrine de l'abus de poursuite dans un cas d'accusations multiples fondées sur un même ensemble de faits s'il n'y a rien de plus. La Chambre des lords a poursuivi l'examen, non pas de l'existence, mais de l'étendue de l'application de la doctrine de l'abus de procédure dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions* v. *Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497. Lord Hailsham a reconnu, à la p. 517, le pouvoir inhérent de la cour de protéger ses propres procédures contre l'abus. Lord Salmon a également conclu que la cour possède le pouvoir discrétionnaire général d'ordonner la suspension d'instances vexatoires ou oppressives (à la p. 528), et lord Edmund-Davies a adopté la même opinion générale (aux pp. 533 et 535):

[TRADUCTION] Nonobstant certaines des remarques que j'ai faites en prononçant l'arrêt de la Cour d'appel criminelle dans l'affaire *Connelly*, je suis maintenant convaincu que, selon les mots du juge en chef lord Parker dans l'arrêt *Mills v. Cooper*, [[1967] 2 All E.R. à la p. 104, [1967] 2 QB à la p. 467], «tout tribunal a indubitablement le droit, à sa discrétion, de refuser d'entendre une affaire au motif qu'elle est oppressive et constitue un abus de procédure» . . .

Bien que les juges doivent réfléchir longuement avant de surseoir aux instances qui, en apparence, sont parfaitement régulières, il serait contraire à l'intérêt de la justice qu'ils aient, dans certains cas heureusement rares, comme dans l'affaire *R. v. Riebold*, [[1967] 1 All E.R. 653, [1967] 1 W.L.R. 674], les mains liées et qu'ils soient obligés de permettre que le procès se poursuive. A

the power to do what the justice of the case clearly demands.

Again in *Humphrys* as in *Connelly* the object of the Law Lords was not to establish a recognition of the doctrine of abuse of process but to define the reach and application of that doctrine.

I turn now to the decision of this Court in *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021. The Court was there faced with a proceeding which at trial had been stayed by reason of the delay in the Crown said to be harmful to the defence of the accused in bringing a charge of kidnapping and robbery, some twenty months in all. Pigeon J., writing for the majority in a five-to-four division, stated at p. 1043:

> I cannot find any rule in our criminal law that prosecutions must be instituted promptly and ought not to be permitted to be proceeded with if a delay in instituting them may have caused prejudice to the accused. In fact, no authority was cited to establish the existence of such a principle which is at variance with the rule that criminal offences generally are not subject to prescription except in the case of specific offences for which a prescription time has been established by statute. I have to disagree with the view expressed by McIntyre J.A. that there could be factual situations giving to a trial judge discretion to stay proceedings for delay.

His Lordship goes on to say at p. 1043:

> For the reasons I gave in *The Queen v. Osborn*, I cannot admit of any general discretionary power in courts of criminal jurisdiction to stay proceedings regularly instituted because the prosecution is considered oppressive.

As we have seen, the decision in *Osborn* was narrowed down to the facts then before the Court, namely the bringing of successive charges arising out of the same set of facts and the contrast between the criminal law procedure of Canada and the United Kingdom. Again in *Rourke* the issue is narrowly confined to the effects of a delay in bringing on to trial a person arrested twenty months previously at which time many if not all of the facts alleged by the prosecution were known. I cannot depart from an examination of *Rourke* without noting that the majority made reference to

mon avis, l'arrêt *Connelly* a établi qu'ils ont le pouvoir de faire ce que l'intérêt de la justice exige de façon évidente dans un cas donné.

Dans l'arrêt *Humphrys* comme dans l'arrêt *Connelly*, les lords juges ne visaient pas à établir une reconnaissance de la doctrine de l'abus de procédure mais à en définir la portée et l'application.

Je passe maintenant à l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021. Il s'agissait d'une poursuite qui avait été suspendue au procès pour le motif que le retard, de la part de la poursuite, à porter une accusation d'enlèvement et de vol qualifié, environ vingt mois en tout, était considéré préjudiciable à la défense de l'accusé. Le juge Pigeon, qui a rédigé les motifs de la majorité de la Cour divisée à cinq contre quatre, a dit à la p. 1043:

> Je ne trouve aucune règle dans notre droit pénal qui édicte que les poursuites doivent être entamées promptement et qu'on ne doit pas y donner suite si un retard dans leur introduction a pu causer un préjudice à l'accusé. En fait, aucun précédent n'a été cité pour établir l'existence de ce principe, qui est incompatible avec la règle générale de la non-prescription des infractions criminelles, sous réserve de la prescription fixée par la loi pour certaines infractions. Je suis en désaccord avec le juge McIntyre selon qui certaines situations de fait peuvent donner au juge du procès un pouvoir discrétionnaire de suspendre des procédures tardives.

Et il ajoute à la p. 1043:

> Pour les motifs que j'ai énoncés dans *La Reine c. Osborn*, je ne puis admettre que les tribunaux criminels aient un pouvoir discrétionnaire général de suspendre des procédures régulièrement instituées, parce que la poursuite est considérée comme oppressive.

Comme nous l'avons vu, l'arrêt dans l'affaire *Osborn* se limita aux faits soumis alors à la Cour, savoir des accusations successives découlant d'un même ensemble de faits et la différence entre la procédure criminelle au Canada et au Royaume-Uni. Dans l'affaire *Rourke*, on limite encore la question aux effets d'un retard à poursuivre une personne arrêtée vingt mois plus tôt à une époque où la plupart des faits, sinon tous les faits, que la poursuite entendait établir étaient connus. Je ne peux achever l'examen de l'arrêt *Rourke* sans faire remarquer que les motifs de la majorité mention-

s. 7(3) of the *Criminal Code* as being a provision for the retention of common law defences but not necessarily with reference to discretionary stay of proceedings which may or may not be rooted in the common law. Pigeon J. commented at p. 1045:

> In my view, the absence of any provision in the *Criminal Code* contemplating the staying of an indictment by a trial judge or an appeal from such decision, is a strong indication against the existence of any power to grant such stay.

Chief Justice Laskin wrote for the minority in *Rourke* concurring in the conclusion of Pigeon J. that there was no basis for the exercise of the discretion to stay proceedings where the sole basis for the alleged abuse was a delay in prosecution. He did however take the view, at p. 1034, that the jurisdiction to stay proceedings for abuse is a useful one:

> I have paraded this long list of cases to show how varied are the fact situations in which judges of different levels and of different Provinces have used abuse of process as a way of controlling prosecution behaviour which operates prejudicially to accused persons. I pass no judgment on the correctness of any of the decisions, but they do indicate by their very diversity the utility of a general principle of abuse of process which judges should be able to invoke in appropriate circumstances to mark their control of the process of their Courts and to require fair behaviour of the Crown towards accused persons. It will not escape notice that the decisions I have cited are almost all quite recent, and a perusal of them would reveal how much they have been influenced by *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, *supra*, and particularly by the reasons of Lord Devlin in that case.

I come therefore to the conclusion that the decisions of *Osborn* and *Rourke* must be taken as standing on their own facts and limited precisely to the ratio of the judgments disposing of the issues arising on those facts. It follows therefore that the observations of Jessup J.A. in *Osborn* with reference to the origins and breadth of the trial court discretion to protect the processes of the courts from abuse remain substantially unimpaired by succeeding decisions in this Court. Viewed from

nent le par. 7(3) du *Code criminel* comme étant une disposition qui maintient les moyens de défense de *common law*, ne se rapportant pas nécessairement à la suspension discrétionnaire des poursuites, qui peuvent tirer ou ne pas tirer leur origine de la *common law*. Le juge Pigeon fait remarquer (à la p. 1045):

> A mon avis, le fait que le *Code criminel* ne prévoit nulle part la suspension d'une mise en accusation par le juge du procès ni un droit d'appel contre une telle décision, milite fortement en faveur de l'inexistence de pareil pouvoir.

Le juge en chef Laskin, qui a rédigé les motifs de la minorité dans l'arrêt *Rourke*, a souscrit à la conclusion du juge Pigeon qu'il n'y a pas de fondement à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures lorsque l'abus reproché porte uniquement sur le retard à poursuivre. Il a cependant souligné l'utilité du pouvoir de suspendre les procédures pour cause d'abus (à la p. 1034):

> J'ai cité ces nombreuses affaires pour montrer la variété des situations de fait dans lesquelles des juges de diverses juridictions et de provinces différentes ont utilisé l'abus de procédure comme moyen de contrôler la conduite de la poursuite lorsqu'elle porte préjudice au prévenu. Je ne porte aucun jugement sur la validité de ces décisions; elles indiquent toutefois par leur variété même l'utilité, en matière d'abus de procédure, d'un principe général que les juges devraient pouvoir invoquer dans des circonstances appropriées pour témoigner qu'ils contrôlent la procédure devant leurs tribunaux et exiger une conduite équitable du ministère public à l'égard des prévenus. On n'aura pas manqué de noter que les décisions précitées sont presque toutes fort récentes et un examen plus poussé révélerait combien elles ont été influencées par *Connelly v. Director of Public Prosecutions* (précitée), et plus particulièrement par les motifs de lord Devlin.

J'arrive par conséquent à la conclusion qu'il faut considérer que les arrêts *Osborn* et *Rourke* portent sur les faits qui leur sont propres et se limitent précisément aux motifs de jugement qui tranchent les questions qui découlent de ces faits. Il s'ensuit par conséquent que les remarques que fait le juge Jessup en Cour d'appel dans l'arrêt *Osborn*, sur les origines et l'ampleur du pouvoir discrétionnaire qu'a le tribunal de première instance pour protéger les procédures des tribunaux contre l'abus, ne sont

another perspective the majority in *Rourke* affirms an exceptional jurisdiction to stay proceedings whereas Laskin C.J.C. for the minority takes the view of Lord Devlin in *Connelly* and finds the doctrine of abuse of process a wide-ranging technique for the control by the criminal court of criminal procedure in the protection of the processes of that court; a technique illustrated but not limited by the special pleas of *autrefois acquit* and *convict*, *res judicata* and issue estoppel (p. 287). In my respectful view, much of what was said by both divisions of this Court in *Rourke* is *obiter dicta*, bearing in mind the precise issue of abuse of process in the form of delay by the prosecution which was then the only issue before the Court. There is a distinction to be drawn where the initiating process is valid and the only issue is delay prejudicial to the accused as in *Rourke*; and the case where the executive action leading to the charge and its prosecution is offensive to the principles on which the administration of justice is conducted by the courts. It is for this further reason that the judgment in *Rourke* in my view is not here applicable.

From the earliest times courts have withheld from the law enforcement arm of the community recourse to the authority of the criminal court where the conduct of the prosecution has offended the sense of justice of the court. As long ago as *R. v. Robins* (1844), 1 Cox C.C. 114, upon the prosecutor's inability to "explain satisfactorily the cause of the delay" (nearly two years), Baron Alderson said:

> I ought not to allow this case to go further. It is monstrous to put a man on his trial after such a lapse of time. How can he account for his conduct so far back? ... No man's life would be safe if such a prosecution were permitted. It would be very unjust to put him on his trial.

The Report concludes: "His Lordship then directed the jury to acquit the prisoner." See as well Lord Mansfield C.J. in *R. v. Robinson* (1765), 1

pas infirmées par les décisions de cette Cour qui l'ont suivi. Vue sous un autre angle, l'opinion de la majorité dans l'arrêt *Rourke* confirme un pouvoir exceptionnel de suspendre les procédures, alors que le juge en chef Laskin, au nom des juges de la minorité, partage l'opinion de lord Devlin dans l'arrêt *Connelly* et estime que la doctrine de l'abus de procédure est une technique très large qui permet au tribunal criminel de contrôler la procédure criminelle pour lui assurer la protection de ses procédures; une technique qu'illustre les plaidoyers spéciaux d'autrefois acquit et convict, de la chose jugée et d'irrecevabilité à remettre en litige, mais sans s'y limiter (à la p. 287). Avec égard, je suis d'avis qu'une bonne partie de ce qui a été dit dans les deux tendances de cette Cour dans l'arrêt *Rourke* constitue des opinions incidentes, si on retient que la question précise de l'abus de procédure sous la forme d'un retard à poursuivre était alors la seule question que la Cour devait trancher. Il faut faire une distinction entre le cas où la procédure introductive d'instance est valide et que la seule question en litige est le retard préjudiciable à l'accusé, comme dans l'affaire *Rourke*, et celui où la conduite de l'exécutif qui a mené à l'accusation et au procès porte atteinte aux principes suivant lesquels les tribunaux administrent la justice. C'est un autre motif pour lequel, à mon avis, l'arrêt *Rourke* ne s'applique pas en l'espèce.

Depuis toujours, les tribunaux refusent à ceux qui sont chargés d'appliquer les lois le recours au pouvoir du tribunal criminel lorsque la conduite de la poursuite viole l'esprit de justice du tribunal. Déjà, dans l'arrêt *R. v. Robins* (1844), 1 Cox C.C. 114, en constatant l'impossibilité de la poursuite [TRADUCTION] «d'expliquer de façon satisfaisante la raison du retard» (près de deux ans), le baron Alderson avait dit:

> [TRADUCTION] Je ne puis permettre que cette affaire aille plus loin. Il est odieux de faire subir un procès à un homme après un si long délai. Comment peut-il expliquer sa conduite si longtemps après? ... Nul ne serait en sécurité si on devait permettre cette poursuite. Il serait vraiment injuste de le poursuivre.

Le recueil conclut: [TRADUCTION] «Le juge a alors ordonné au jury d'acquitter le prisonnier.» Voir également le lord juge en chef Mansfield dans

Black. W. 541, 96 E.R. 313; and *R. v. Marshall and Grantham* (1811), 13 East 322, 104 E.R. 394.

It is of interest and of some relevance to observe that since the decisions of this Court in *Osborn* and *Rourke* courts in this country have tended to take a narrow view of the impact of these decisions on the doctrine of abuse of process; *vide* Munroe J. in *R. v. K* (1971), 5 C.C.C. (2d) 46, at p. 48; Vanek P.C.J. in *R. v. Weightman and Cunningham* (1977), 37 C.C.C. (2d) 303; and Lewis P.C.J. in *R. v. Billen* (1980), 54 C.C.C. (2d) 425; and to restrict effectively the impact of *Rourke*, for example, to the circumstances of prosecutorial delay only. See also *Re Abitibi Paper Company Limited and The Queen* (1979), 24 O.R. (2d) 742 (Ont. C.A.); *Re Orysiuk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 445 (Alta.); *Re Asselin and The Queen* (1979), 55 C.C.C. (2d) 332 (Quebec C.A.); and *Re Young et al. and The Queen* (1981), 60 C.C.C. (2d) 252 (Sask. Q.B.); John A. Olah, *The Doctrine of Abuse of Process: Alive and Well in Canada* (1978), 1 C.R. (3d) 341. There are, however, some instances of a broader interpretation of the majority view in *Rourke* as will be found in *R. v. Lebrun* (1978), 7 C.R. (3d) 93 (B.C.C.A.); *R. v. Catagas* (1977), 38 C.C.C. (2d) 296 (Man. C.A.); and *R. v. Maxner* (1981), 61 C.C.C. (2d) 446 (N.S.C.A.).

There may be said to be a tacit acknowledgment of the restricted ratio of *Rourke* in the unanimous judgment of this Court in *R. v. Krannenburg*, [1980] 1 S.C.R. 1053, per Dickson J. at p. 1061:

> The question of whether a new information may be laid after jurisdiction has been lost is not before us, and I refrain from any extended discussion on the point, in the absence of argument and on the narrow facts of this case. It is manifest, however, that there will be occasions on which the laying of a new information will not be available. Time limitations may preclude it. Indeed, the laying of another information may amount to nothing less than an abuse of process.

l'arrêt *R. v. Robinson* (1765), 1 Black, W. 541, 96 E.R. 313; et *R. v. Marshall and Grantham* (1811), 13 East 322, 104 E.R. 394.

Il n'est pas sans intérêt ni pertinence de remarques que depuis les arrêts de cette Cour dans les affaires *Osborn* et *Rourke*, les tribunaux canadiens ont eu tendance à interpréter restrictivement ces décisions sur la doctrine de l'abus de procédure; voir le juge Munroe dans l'affaire *R. v. K* (1971), 5 C.C.C. (2d) 46, à la p. 48; le juge Vanek de la Cour provinciale dans l'affaire *R. v. Weightman and Cunningham* (1977), 37 C.C.C. (2d) 303; et le juge Lewis de la Cour provinciale dans l'affaire *R. v. Billen* (1980), 54 C.C.C. (2d) 425; et de restreindre effectivement la portée de l'arrêt *Rourke*, par exemple, aux seuls cas de retard à poursuivre. Voir également *Re Abitibi Paper Company Limited and The Queen* (1979), 24 O.R. (2d) 742 (C.A. Ont.); Re *Orysiuk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 445 (Alb.); *Re Asselin and The Queen* (1979), 55 C.C.C. (2d) 332 (C.A. Qué.); et *Re Young et al. and The Queen* (1981), 60 C.C.C. (2d) 252 (B.R. Sask.); John A. Olah, *The Doctrine of Abuse of Process: Alive and Well in Canada* (1978), 1 C.R. (3d) 341. Il y a cependant certaines décisions dans lesquelles on a interprété plus largement l'opinion majoritaire de l'arrêt *Rourke*, comme on le voit dans les arrêts *R. v. Lebrun* (1978), 7 C.R. (3d) 93 (C.A. C.-B.); *R. v. Catagas* (1977), 38 C.C.C. (2d) 296 (C.A. Man.) et *R. v. Maxner* (1981), 61 C.C.C. (2d) 446 (C.A. N.-É.).

On peut dire qu'il y a une reconnaissance tacite de la *ratio* restreinte de l'arrêt *Rourke* dans l'arrêt unanime de cette Cour *R. c. Krannenburg*, [1980] 1 R.C.S. 1053, dans lequel le juge Dickson dit, à la p. 1061:

> La question de savoir si une nouvelle dénonciation peut être faite après une perte de juridiction ne nous est pas soumise et je m'abstiens d'élaborer sur le sujet en l'absence d'argumentation et vu les faits étroits de la présente affaire. Il est toutefois évident qu'il y aura des cas où il ne sera pas possible de faire une nouvelle dénonciation. Les délais de prescription peuvent l'empêcher. Le dépôt d'une autre dénonciation peut même équivaloir à rien de moins qu'un abus de procédure.

and in the observation of Laskin C.J. in *Kirzner, supra,* at p. 501.

Lord Scarman, in *R. v. Sang*, [1979] 2 All E.R. 1222, (about which more will be said later), adverted to the abuse of process doctrine at p. 1245 when he said:

> Save in the very rare situation, which is not this case, of an abuse of the process of the court (against which every court is in duty bound to protect itself), the judge is concerned only with the conduct of the trial.

The House of Lords, it should be noted however, in *Sang* did not bring the defence of entrapment within the principles of abuse of process. In the Court of Appeal judgment in *Sang*, however, ([1979] 2 All E.R. 46) in the opinion of the Court written by Roskill L.J., the question was left open at p. 50:

> It has not been argued before us in the present appeals that if the present prosecution were allowed to proceed, it would amount to an abuse of the process of the court.

In an earlier decision of the House of Lords, *Selvey v. Director of Public Prosecutions*, [1968] 2 All E.R. 497, Lord Guest, in referring to the overriding duty of the judge to ensure that a trial is fair, stated at p. 520 that such discretion

> ... springs from the inherent power of the judge to control the trial before him and to see that justice is done in fairness to the accused.

As we have already seen, the United States Supreme Court minority view in *Sorrells, supra,* invokes this same inherent power in the court for the recognition of the defence of entrapment.

There are of course but three available dispositions on a successful application of the defence of entrapment:

(a) a dismissal of the accused on the charge;

(b) an order quashing the charge;

(c) a stay of prosecution.

Alternative (a) is inappropriate in that both essential elements of the charge, the wrongful act and the criminal intent, are present in the proof before the court. As to (b) there is no authority in the *Criminal Code* for a court in this circumstance

Il en est de même des remarques du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Kirzner*, précité, à la p. 501.

Dans l'arrêt *R. v. Sang*, [1979] 2 All E.R. 1222, (sur lequel je reviendrai), lord Scarman fait allusion à la doctrine de l'abus de procédure lorsqu'il dit, à la p. 1245:

> [TRADUCTION] Sauf dans le cas très rare, qui n'est pas le cas en l'espèce, d'un abus de procédure (contre lequel les tribunaux ont le devoir de se protéger), le juge ne s'occupe que de la conduite du procès.

Il faut cependant faire remarquer que dans l'arrêt *Sang*, la Chambre des lords n'a pas inclus la défense de provocation policière dans les principes de l'abus de procédure. Cependant, dans les motifs que le lord juge Roskill a rédigés au nom de la Cour d'appel dans l'arrêt *Sang* ([1979] 2 All E.R. 46), la question est restée sans réponse (à la p. 50):

> [TRADUCTION] On n'a pas fait valoir dans les appels en l'espèce que si on permettait à la poursuite de suivre son cours, cela équivaudrait à un abus de procédure.

Dans un arrêt antérieur de la Chambre des lords, *Selvey v. Director of Public Prosecutions*, [1968] 2 All E.R. 497, en mentionnant l'obligation primordiale du juge de s'assurer que le procès est impartial, lord Guest a dit, à la p. 520, que ce pouvoir discrétionnaire

> [TRADUCTION] ... découle du pouvoir inhérent du juge de contrôler le procès qu'il préside pour s'assurer que justice est rendue en toute impartialité envers l'accusé.

Comme nous l'avons déjà vu, la minorité de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Sorrells*, précité, invoque ce même pouvoir inhérent de la cour pour reconnaître la défense de provocation policière.

Il n'y a évidemment que trois solutions possibles lorsqu'une défense de provocation policière est soulevée avec succès:

a) acquitter l'accusé;

b) ordonner l'annulation de l'accusation;

c) ordonner la suspension de l'instance.

La solution a) doit être écartée puisque les deux éléments essentiels de l'accusation, l'acte illégal et l'intention criminelle, sont présents dans la preuve devant la cour. Quant à la solution b), rien dans le *Code criminel* ne permet à une cour dans ce cas

to quash a charge that is complete in form and properly issued under the *Code*. The last alternative (c) has a technical infirmity in that the charge remains extant and in the records of the court. The case before the Court in this appeal was founded on an information about which there is no suggestion of irregularity. However, the defect in course (c) is wholly technical. While the charge may be said to hang over the head of the accused, this is a wholly theoretical observation because there is no forum for its further processing. The courts in both the United States and the United Kingdom have in such circumstances, as shown in the authorities already reviewed, followed all three routes without apparent concern for technical considerations. I would prefer alternative (c) and would apply a stay of prosecution where the defence of entrapment is operative.

There are offences which by their very nature would appear (as indicated earlier in these reasons) to render this defence inapplicable, as for example crimes of violence. One of the questions to be answered here therefore must be, what are the offences to which this defence will relate? Generally speaking, it is the consensual offence where the issue most naturally arises. When the offence relates to physical acts the crime leaves its own marks. Methods of detection reflect this fact. The victims complain. The external evidence is there for the police to follow. In other areas of crime such as drug offences, commercial or municipal fraud, prostitution and gambling, these conditions do not prevail. The 'victims' rarely seek the aid of the authorities, and indeed generally there are no direct 'victims'. There are no external signs of the offence. Policing must react differently to this kind of crime. Hence the use of *agents provocateurs*, spies, informers, undercover agents in or retained by the police force, decoys and other such police initiatives. The move from passive to active policing brings the courts into the process. When policing in this field verges into police-instigated crimes or into police stimulation of crime for the sake of obtaining convictions, what is the position of the courts? Up to this development in criminal justice the positions of the court and the executive were clear. The latter investigate apparent offences, gather evidence, make arrests,

d'annuler une accusation complète dans sa forme et présentée régulièrement en vertu du *Code*. La dernière solution c) comporte un défaut de procédure en ce que l'accusation subsiste et reste aux dossiers de la cour. La poursuite en l'espèce s'appuie sur une dénonciation qui ne comporte aucune irrégularité. Cependant, le défaut dans la solution c) est purement de procédure. Bien qu'on puisse dire que l'accusation pèse encore sur l'accusé, c'est une observation purement théorique puisqu'elle ne peut être poursuivie devant aucune cour. Les cours tant aux États-Unis qu'au Royaume-Uni ont adopté dans de tels cas, comme l'indique la jurisprudence déjà examinée, les trois solutions sans se préoccuper des considérations de procédure. Je préférerais adopter la solution c) et ordonner la suspension de l'instance lorsque la défense de provocation policière s'applique.

Il y a des infractions qui, par leur nature même, paraissent (comme je l'ai déjà dit) nier l'application de ce moyen de défense; c'est le cas par exemple des crimes violents. Il faut par conséquent répondre à la question de savoir à quelles infractions s'appliquera cette défense. En général, la question se pose plus naturellement dans le cas d'une infraction consensuelle. Lorsque l'infraction comporte des actes de violence, le crime laisse ses propres traces. Ce fait se reflète dans les méthodes de détection du crime. Les victimes portent plainte. La police peut relever les preuves extrinsèques. Dans d'autres genres de crimes, tels les infractions relatives aux drogues, la fraude commerciale ou municipale, la prostitution ou le jeu, on ne retrouve pas ces conditions. Les «victimes» font rarement appel aux autorités et d'ailleurs, en général, il n'y a pas de «victimes» directes. L'infraction ne laisse pas de signes extérieurs. Le policier doit réagir de façon différente à ce genre de crime. De là le recours à des agents provocateurs, à des espions, à des indicateurs, à des agents secrets, policiers ou civils au service de la police, à des imposteurs et à d'autres méthodes policières du genre. Le passage des méthodes policières passives aux méthodes actives entraîne l'intervention des cours. Quelle est la position des tribunaux lorsque les méthodes policières dans ce domaine passent à la provocation ou à l'incitation en vue d'obtenir des condamnations? Avant le recours à ces méthodes

lay charges, introduce evidence in court and present the law enforcement agency's views on the applicable law. The courts on the other hand receive the charge, take custody of the accused in a figurative and sometimes actual sense, hear the evidence, interpret and apply the law, determine guilt or innocence, award the appropriate punishment and return the accused to executive custody; or discharge the accused. In the process the court must concern itself with the conduct of the case by the prosecution and the accused and must vigorously apply the fundamental doctrine of the presumption of innocence. Courts have for centuries been evolving doctrines appropriate to this process, with and without legislative aid, in the form of rules relating to the admissibility of evidence and such substantive rules as the doctrine of *res judicata*. The consensual crimes, their detection and demonstration in court, raise new issues or aggravate the problems surrounding older issues. The appointed spy may, pursuant to arrangements, infiltrate and report upon participants in a crime to which the agent may be a party or which the agent has provided to others the opportunity to commit. In some circumstances, indeed, the offence would in all likelihood not have otherwise been committed. The law enforcement agency in these circumstances moves from the position of merely affording an opportunity for the commission of crime to persons who may be so disposed to a position where the agency itself encourages the commission of the crime. Expressed another way, the police may have by any such measures instigated the offence, or at least its planning, and did so simply to catch the otherwise innocent members of the public in order to prosecute them. The ensnared or entrapped must in such a situation have a defence in law for the police and the state have gone beyond mere crime detection by decoy work or solicitation of evidence. In fact the crime has been designed and committed by the state itself.

dans l'administration de la justice criminelle, la position du tribunal et celle du pouvoir exécutif étaient bien définies. Cette dernière enquête sur les infractions manifestes, recueille des preuves, procède à des arrestations, porte des accusations, produit des éléments de preuve devant le tribunal et plaide le droit applicable du point de vue de la poursuite. Les tribunaux pour leur part prennent acte de l'accusation, prennent l'accusé en charge au sens figuré et parfois au sens réel, entendent la preuve, interprètent et appliquent le droit, décident de la culpabilité ou de l'innocence, fixent la peine qui s'impose et remettent l'accusé sous la garde du pouvoir exécutif; ou bien ils le libèrent. En même temps, le tribunal doit se préoccuper de la conduite du procès par la poursuite et l'accusé et doit appliquer fermement la doctrine fondamentale de la présomption d'innocence. Au cours des siècles, les tribunaux ont élaboré, avec ou sans l'aide du législateur, des doctrines adaptées à cette procédure sous forme de règles relatives à la recevabilité de la preuve et certaines règles de fond, telle la doctrine de la chose jugée. Les crimes consensuels, leur détection et leur présentation devant la cour soulèvent de nouvelles questions ou rendent plus aigus les problèmes touchant les anciennes règles. L'espion au service de la police peut, conformément aux directives reçues, s'infiltrer et signaler les auteurs d'un crime auquel l'agent peut avoir participé ou que l'agent peut avoir donné à d'autres l'occasion de commettre. Dans certains cas, il est bien possible que l'infraction n'aurait pas été commise sans sa participation. Dans ces cas, l'organisme policier passe d'une position dans laquelle il offre simplement une occasion de commettre un crime à des personnes déjà disposées à le commettre, à une position dans laquelle l'organisme lui-même encourage la perpétration du crime. En d'autres mots, la police peut, par les mesures qu'elle prend, avoir provoqué l'infraction, ou du moins avoir incité à la projeter, et elle le fait simplement pour attraper une personne par ailleurs innocente en vue de la poursuivre. L'accusé provoqué ou pris au piège doit en pareil cas avoir une défense en droit parce que la police et l'état sont allés plus loin que la simple détection du crime par l'utilisation d'imposteurs ou la sollicitation de preuves. De fait, c'est l'état lui-même qui a conçu et commis le crime.

Whatever may be the range of such a defence, it must be clear that the defence arising in this circumstance does not operate in the case of all offences. In the *Model Penal Code* of 1962, *supra*, the defence is "unavailable when causing or threatening bodily injury is an element of the offence charged . . . " (s. 2.13(3)), presumably on the basis that the social interest in controlling the accused's behaviour outweighs that of controlling police behaviour. There may be other categories of offences to which the defence will not run but this again will develop as the judicial system of criminal justice may require.

This is not a process unknown to the common law. The defence of 'duress' arose in the common law long before the Report of the Imperial Commissioners on the Draft Code 1879, s. 12 stated: "We have framed s. 23 of our Draft Code, to express what we think is the existing law . . . ." The Commissioners are there referring to the defence of duress, a defence originating in the common law long before the studies for the codification of criminal law commenced in England and were completed in Canada. The parallel is particularly apt as the defence of duress relates to the completed commission of an offence in the same way as entrapment. The common law rules and principles of duress as a defence, at least as regards a principal offender, have now been "codified and exhaustively defined in s. 17 . . . " of the *Code* (*R. v. Carker*, [1967] S.C.R. 114, *per* Ritchie J. at p. 117). The Report by the Commissioners, *supra*, had this to say on the scope of that defence in common law:

> There can be no doubt that a man is entitled to preserve his own life and limb; and on this ground he may justify much which otherwise would be punishable. The cases of a person setting up as a defence that he was compelled to commit a crime is of every day occurrence. There is no doubt on the authorities that compulsion is a defence where the crime is not of a heinous character.

Quelle que soit la portée de pareil moyen de défense, il doit être explicite que la défense qu'offrent ces circonstances, ne s'applique pas à toutes les infractions. Dans le *Model Penal Code* de 1962, précité, ce moyen de défense [TRADUCTION] «ne peut être soulevé lorsque le fait de causer ou de menacer de causer des lésions corporelles est un élément de l'infraction reprochée . . .» (par. 2.13(3)), peut-être parce que l'intérêt social pour la répression du comportement de l'accusé l'emporte sur l'intérêt que présente la répression de la conduite policière. Il peut y avoir d'autres catégories d'infractions auxquelles la défense ne s'appliquera pas, mais elles se manifesteront selon que l'exigera l'administration de la justice criminelle.

Ce processus n'est pas inconnu en *common law*. La «contrainte» en tant que moyen de défense a été introduite en *common law* longtemps avant que le Rapport de la Commission impériale sur le projet de Code de 1879 énonce, à l'art. 12: [TRADUCTION] «Nous avons rédigé l'art. 23 de notre projet de Code pour formuler ce que nous croyons être le droit actuel . . .» Les commissaires se réfèrent alors à la contrainte, un moyen de défense qui a pris naissance en *common law* longtemps avant que les études en vue de la codification du droit criminel ne débutent en Angleterre et ne soient complétées au Canada. Le parallèle est particulièrement bien choisi puisque la contrainte se rapporte à la perpétration complète d'une infraction comme le fait la provocation policière. Les règles et les principes de la *common law* relatifs à la contrainte en tant que moyen de défense, du moins en ce qui concerne l'auteur principal d'un délit, ont maintenant été [TRADUCTION] «codifiés et définis avec précision à l'art. 17 . . .» du *Code* (*R. c. Carker*, [1967] R.C.S. 114, le juge Ritchie, à la p. 117). Voici ce que dit le Rapport de la Commission, précité, sur la portée de ce moyen de défense en *common law*:

> [TRADUCTION] Il n'y a pas de doute qu'une personne a le droit de protéger sa propre vie; elle peut justifier par ce moyen des actes qui constituent par ailleurs un délit. On voit quotidiennement des cas de personnes qui invoquent en défense qu'elles ont été forcées à commettre un crime. La jurisprudence ne laisse aucun doute que la contrainte est un moyen de défense lorsque le crime n'est pas d'un caractère odieux.

Section 17 of the *Canadian Criminal Code* continued this general limitation by providing that the defence ". . . does not apply where the offence that is committed is high treason or treason, murder, piracy, attempted murder, assisting in rape, forcible abduction, robbery, causing bodily harm or arson".

The evolution of defences at common law, both evidentiary and substantive, have seen expansion and adjustment as required to meet altering conditions in the community, and entrapment as a defence has experienced this same history where it has been recognized. See for example the discussion in N.L.A. Barlow, *Entrapment and the Common Law: Is there a Place for the American Doctrine of Entrapment*, *supra*.

In the Court of Appeal Seaton J.A. (with whom Carrothers J.A. concurred) expressed a preference for the "English approach" which he described as making allowance at the sentencing stage by giving "attention to what motivated him and to any influence that others had upon him; others would include the police". It is certainly true that the courts of England have rejected the defence of entrapment (*vide Sang*, *supra*, at p. 1224) where not only was the defence of entrapment rejected but also the indirect power in a court to exclude evidence of the commission of the offence as a means of controlling the activities of the prosecution. In the course of giving judgment Lord Diplock (at p. 1227) and Lord Salmon (at p. 1236) both adverted to the possibility of imposing a milder sentence in the event the accused was found on the evidence to have been entrapped. However, it should be noted that both Law Lords also suggested prosecution of the police as a means of control of such improper activities. The House of Lords started with the simple assertion that entrapment is not a defence in English law and then approached the question on the basis that a power in a court to exclude the evidence relating to the commission of the offence on whatever basis would simply be a recognition of entrapment indirectly when the same was impermissible directly.

L'article 17 du *Code criminel* canadien a repris cette restriction générale en prévoyant que la défense « . . . ne s'applique pas si l'infraction commise est la trahison, le meurtre, la piraterie, la tentative de meurtre, l'aide à l'accomplissement d'un viol, le rapt, le vol qualifié, l'infliction de blessures corporelles ou le crime d'incendie».

L'évolution des moyens de défense en *common law*, relativement à la preuve et aux règles de fond, s'est développée et s'est ajustée pour faire face aux conditions changeantes de la société, et la défense de provocation policière a suivi cette tendance là où elle a été reconnue. Voir à titre d'exemple l'étude de N.L.A. Barlow, *Entrapment and the Common Law: Is there a Place for the American Doctrine of Entrapment*, précitée.

En Cour d'appel, le juge Seaton (aux motifs duquel le juge Carrothers a souscrit) a marqué sa préférence pour la [TRADUCTION] «solution anglaise» laquelle, à son avis, tient compte de la provocation à l'étape de la sentence en [TRADUCTION] «prenant en considération ce qui l'a motivé et l'influence que d'autres personnes ont eue sur lui; d'autres personnes peuvent inclure la police». Il est certain que les tribunaux d'Angleterre ont rejeté la défense de provocation policière (voir l'arrêt *Sang*, précité, à la p. 1224), où on a rejeté non seulement la défense de provocation policière mais également le pouvoir indirect de la cour d'exclure la preuve de la perpétration de l'infraction pour réprimer les activités de la poursuite. Dans les motifs de leur décision, lord Diplock (à la p. 1227) et lord Salmon (à la p. 1236) ont mentionné la possibilité d'imposer une sentence moins lourde dans le cas où la preuve indique qu'un piège a été tendu à l'accusé. Il faut cependant remarquer que les deux lords juges ont proposé également de poursuivre la police pour réprimer ces activités illégales. La Chambre des lords a simplement affirmé au départ que la provocation policière n'est pas un moyen de défense en droit anglais et a alors envisagé la question en fonction du principe que le pouvoir d'une cour d'exclure la preuve relative à la perpétration d'une infraction pour un motif quelconque équivaudrait simplement à reconnaître indirectement la provocation policière alors qu'il n'est pas permis de la reconnaître directement.

The fundamental cleavage in principle between the House and the approach of the United States Supreme Court is seen in Lord Diplock's observation at p. 1230:

It is no part of a judge's function to exercise disciplinary powers over the police or prosecution as respects the way in which evidence to be used at the trial is obtained by them.

In my respectful view the issue is not the discipline of the prosecution but the avoidance of the improper invocation by the state of the judicial process and its powers in circumstances where the accused has been ensnared by the police force in order to bring about an offence for which he will be prosecuted. The view of Lord Diplock is expressed somewhat differently but with the same result by Lord Salmon at pp. 1235-36:

A man who intends to commit a crime and actually commits it is guilty of the offence whether or not he has been persuaded or induced to commit it, no matter by whom. This being the law, it is inconceivable that, in such circumstances, the judge could have a discretion to prevent the Crown from adducing evidence of the accused's guilt, for this would amount to giving the judge the power of changing or disregarding the law.

These conclusions necessarily result from the rejection of the defence of entrapment which as a necessary consequence has the effect of fatally reducing the Court's discretion under existing law which Lord Scarman described at p. 1243 as follows:

... it is now the law that 'a judge has a discretion to exclude legally admissible evidence if justice so requires' (per Lord Reid in *Myers v Director of Public Prosecutions*, [[1964] 2 All E.R. 881 at 887, [1965] A.C. 1001 at 1024.]

Viscount Dilhorne was discussing the same principle in *Selvey*, *supra*, at p. 510 when he said:

It [the exclusion of evidence by restriction of the right to cross-examine] must depend on the circumstances of each case and the overriding duty of the judge to ensure that a trial is fair.

The result of this approach is that if the proceeding is fundamentally unfair and results in a conviction and punishment, the judicial branch is powerless, but if the result is only unfair in an

Le clivage de principe fondamentale entre la Chambre des lords et la solution adoptée par la Cour suprême des Etats-Unis ressort de cette remarque de lord Diplock (à la p. 1230):

[TRADUCTION] Il n'appartient pas au juge d'exercer des pouvoirs disciplinaires à l'égard de la police ou de la poursuite sur la façon dont ils obtiennent les preuves qui doivent servir dans un procès.

Avec égard, je suis d'avis que la question n'est pas de sanctionner la poursuite mais d'éviter que l'état n'ait recours de façon abusive au processus judiciaire et à ses pouvoirs dans les cas où la police a tendu un piège à l'accusé pour lui faire commettre une infraction pour laquelle il sera poursuivi. Lord Salmon exprime en termes différents l'opinion de lord Diplock, mais avec le même résultat (aux pp. 1235 et 1236):

[TRADUCTION] Un homme qui a l'intention de commettre un crime et qui le commet de fait est coupable de l'infraction, que quelqu'un l'ait ou non amené ou incité à la commettre. Puisque c'est la loi, il est inconcevable que, dans des cas semblables, le juge ait le pouvoir d'empêcher la poursuite de faire la preuve de la culpabilité de l'accusé, puisque cela équivaudrait à donner au juge le pouvoir de modifier la loi ou de ne pas en tenir compte.

Ces conclusions découlent nécessairement du rejet de la défense de provocation policière qui a inévitablement pour effet de réduire irrémédiablement le pouvoir discrétionnaire de la cour en vertu du droit actuel que lord Scarman a décrit comme suit à la p. 1243:

[TRADUCTION] ... suivant le droit actuel, «le juge jouit du pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve recevable en droit si la justice l'exige» (lord Reid dans l'arrêt *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [[1964] 2 All E.R. 881 à la p. 887, [1965] A.C. 1001 à la p. 1027.]

Le vicomte Dilhorne a examiné le même principe dans l'arrêt *Selvey*, précité, en disant (à la p. 510):

[TRADUCTION] Elle [l'exclusion de la preuve par restriction du droit de contre-interroger] doit dépendre des circonstances de chaque cas et de l'obligation primordiale du juge d'assurer l'équité du procès.

Il découle de cette façon de procéder que si la procédure est fondamentalement injuste et entraîne une déclaration de culpabilité et une sentence, le pouvoir judiciaire est impuissant, mais si

evidentiary sense in the course of the trial, but not necessarily resulting in an unfair outcome, the court, in its duty to ensure a fair trial, may exclude the objectionable evidence. This is the result not entirely of the adoption of the view that mitigation of sentence is the appropriate remedy alone but that legislation is necessary to recognize entrapment, that guilt is guilt however it may be proven or even brought about, that prosecution of the informer or of the police themselves is an adequate control mechanism. Some or all of these in combination may underlie the House of Lords' decision but it would appear to amount to an oversimplification of the "English approach" to ascribe the result, at least in *Sang*, *supra*, as the adoption of singular recourse to mitigation of sentence.

The judgments in *Sang* may be said to be less than usually persuasive because they suffer, in my respectful view, from being a discussion of an assumed demonstration by the accused that but for police intervention he "would not have committed the offence" without any more factual base than that as to the presence or absence of inveigling and persistent importuning, and from a precluded view on entrapment as a defence known to the law.

There is in our country a serious limitation to reliance upon mitigation of sentence as a judicial response to the problem of entrapment. The *Criminal Code* and the *Narcotics Control Act*, and perhaps other statutes, sometimes impose serious minimum sentences. The latter statute in s. 5(2) for example, being the offence of importation of narcotics, stipulates a minimum sentence of seven years. It can hardly be thought that Parliament, in establishing such a minimum imprisonment, had in mind an accused who could demonstrate that the crime was instigated by the state itself.

As I have already intimated, the repugnance which must be experienced by a court on being implicated in a process so outrageous and shameful on the part of the state cannot be dissipated by

seule la présentation de la preuve à l'étape du procès donne un résultat injuste, sans que le résultat final le soit nécessairement, la cour, qui a l'obligation d'assurer un procès juste, peut exclure une preuve répréhensible. Cela ne découle pas entièrement de l'adoption du point de vue que la réduction de la sentence est le seul remède approprié, mais qu'il faut un texte de loi qui reconnaisse la provocation policière, que la culpabilité est la culpabilité quelle que soit la façon d'en faire la preuve ou même de l'occasionner, que la poursuite de l'indicateur de police ou des policiers eux-mêmes est un mécanisme de contrôle approprié. Certains ou l'ensemble de ces éléments peuvent être sous-jacents à la décision de la Chambre des lords, mais il semblerait que décrire le résultat comme l'adoption de l'unique recours à la réduction de la sentence, du moins dans l'arrêt *Sang*, précité, équivaut à simplifier à outrance la «solution anglaise».

On peut dire que les motifs de jugement dans l'affaire *Sang* sont relativement peu convaincants parce qu'à mon avis, ils ont le défaut d'être une analyse d'une prétendue démonstration, de la part de l'accusé, que sans l'intervention policière, il «n'aurait pas commis l'infraction», sans plus d'éléments de fait sur la présence ou l'absence de piège et de sollicitations répétées; ils ont aussi le défaut de nier au point de départ que la provocation policière est un moyen de défense reconnu en droit.

Le droit canadien restreint de façon importante la possibilité par les tribunaux de réduire la sentence pour résoudre le problème de la provocation policière. Le *Code criminel*, la *Loi sur les stupéfiants* et peut-être d'autres lois imposent parfois des sentences minimales lourdes. Le paragraphe 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, par exemple, qui vise l'importation de stupéfiants, prévoit une sentence minimale de sept ans d'emprisonnement. On peut difficilement croire que lorsqu'il a établi cette peine minimale d'emprisonnement, le législateur envisageait un accusé qui pouvait prouver que le crime a été provoqué par l'état lui-même.

Comme je l'ai déjà indiqué, la répugnance que doit éprouver une cour, lorsqu'elle est associée à des méthodes si indignes et honteuses de la part de l'état, ne peut être dissipée par l'inscription d'une

the registration of a conviction and the imposition thereafter of even a minimum sentence. To participate in such injustice up to and including a finding of guilt and then to attempt to undo the harm by the imposition of a lighter sentence, so far from restoring confidence in the fair administration of justice, would contribute to the opposite result. For the courts to acknowledge at the sentencing stage of the trial a sense of outrage at the position in which the accused and the court have been placed at the instigation of the police, is a wholly unsatisfactory response to the realization that a flagrant abuse of the process of the court has occurred. The harm to both the accused and to the administration of justice is complete with the substantive determination of guilt.

The stay of proceedings in the presence of entrapment finds its way into the law or fails to do so as a matter of judicial view of the proper policy of the law in these circumstances. Which policy will produce a principle of law which will better serve the community in this area of the criminal law has been the subject of thought and debate for a lengthy period. The considerations at play are well known and have been thoroughly analysed and debated in the courts and by judicial writers.

In the foregoing pages I have reviewed and discussed the experience of the courts of this country, of England and of the United States in their approach to the question of entrapment. I have, as well, endeavoured to isolate and state the principles which have emerged in the cases regarding the formulation of the defence and the application of it. It is clear that the need for some element of judicial control has been recognized in the common law and that the roots of the doctrine of entrapment are to be found in the common law. I am of the view that it is open to this Court and consistent with authority to recognize a defence of entrapment and to give effect to it in proper cases.

The conduct of the investigatory authority here in my view clearly gives rise to entrapment. In a period of two and one-half months the accused received fifteen to twenty telephone calls, together with visits to the accused by the police or their agent at work or at home. These importunings

déclaration de culpabilité, suivie de l'imposition d'une sentence même minimale. La participation à une telle injustice, au point de conclure à la culpabilité et de tenter ensuite de réparer le mal par l'imposition d'une sentence plus légère, loin de rétablir la confiance en la bonne administration de la justice, contribuerait à un résultat contraire. Le fait que les cours manifestent, à l'étape de la sentence, de l'indignation à l'égard de la situation dans laquelle elles-mêmes et l'accusé ont été placés par la conduite des policiers, constitue une réponse absolument insuffisante lorsqu'on constate qu'il s'est produit un abus flagrant de procédure. Conclure à la culpabilité porte directement atteinte à l'accusé et à l'administration de la justice.

Lorsqu'il y a provocation policière, la suspension d'instance est admise ou rejetée en droit selon les règles juridiques que les juges estiment appropriées dans les circonstances. La question de savoir quelles règles produiront un principe de droit qui servira mieux la société dans ce domaine du droit criminel fait depuis longtemps l'objet de réflexions et de discussions. Les considérations en jeu sont bien connues et ont été analysées et discutées en profondeur par les cours et les auteurs.

Dans les pages qui précèdent, j'ai passé en revue et examiné la façon dont les cours de ce pays, d'Angleterre et des États-Unis, ont envisagé la question de la provocation policière. De même, j'ai essayé d'isoler et d'énoncer les principes qui se dégagent des décisions judiciaires concernant la formulation et l'application de la défense de provocation policière. Il est clair que la *common law* reconnaît la nécessité de certains éléments de contrôle judiciaire et que c'est dans la *common law* qu'on trouve la source de la doctrine de la provocation policière. Je suis d'avis que cette Cour peut, conformément à la jurisprudence, admettre une défense de provocation policière et l'appliquer dans les circonstances appropriées.

Je suis d'avis que la conduite des policiers enquêteurs en l'espèce engendre clairement la provocation policière. Sur une période de deux mois et demi, l'accusé a reçu de quinze à vingt appels téléphoniques, et les policiers ou une personne travaillant pour eux ont rendu visite à l'accusé à

were accompanied by successful efforts by the agent to gain the confidence and friendship of the accused. All this occurred after he had told the police informer that the accused could not be counted upon to provide the cocaine. In the second period of contact requests for drugs were made on a daily basis and accompanied by frequent visits by the undercover policeman at the accused's place of employment. In this second period there were also numerous urgent telephone calls requesting drugs, sometimes accompanied by implied threats of physical violence. That there was persistent inveigling and importuning is clear. It is also clear that the purpose of the program initiated by the police was to obtain evidence for the prosecution of the accused. It is the plain fact that the drug trafficking which occurred was promoted by the police at a time when the police had no reason to suspect, let alone believe, that the accused was in any way related to such activity. The cumulative effect of such a deliberately launched enterprise by the police would in my view 'in all the circumstances' be viewed in the community as shocking and outrageous, and such conduct is clearly contrary to the proper principles upon which justice must be done by the courts.

For all the reasons advanced and discussed above, I would recognize the defence of entrapment and would apply that defence to the facts and circumstances of this case; and therefore would allow the appeal, set aside the conviction and direct a stay of prosecution.

The judgment of Martland, Dickson, Beetz and Chouinard JJ. was delivered by

DICKSON J.—I am of the opinion that on the facts of this case the defence of entrapment, assuming it to be available under Canadian law, does not arise.

The trial judge stated:

> In order to determine the sufficiency of evidence to raise a defence of entrapment there must be evidence to show that the Police had instigated the crime and that had they not done so, the accused would not have been

son lieu de travail ou à sa résidence. Ces sollicitations étaient accompagnées de tentatives fructueuses de la part de l'indicateur de police d'obtenir la confiance et l'amitié de l'accusé. Tout cela s'est produit après que l'accusé eut dit à l'indicateur de police qu'on ne pouvait compter sur lui pour fournir de la cocaïne. Au cours de la deuxième étape de ces contacts, les demandes de drogue étaient quotidiennes et l'agent secret a fait des visites fréquentes à l'accusé à son lieu de travail. Cette deuxième étape a également été marquée de nombreux appels téléphoniques urgents pour demander de la drogue, parfois accompagnés de menaces sous-entendues de recours à la violence. Il est évident qu'il y a eu piège et des sollicitations répétées. Il est également évident que la manoeuvre mise sur pied par la police visait à obtenir des preuves pour poursuivre l'accusé. Il est clair que la police a provoqué le trafic de drogue en question à une époque où la police n'avait aucune raison de soupçonner, ou même de croire, que l'accusé avait un lien quelconque avec le milieu de la drogue. A mon avis, l'effet cumulatif de cette opération que la police a mise sur pied de façon délibérée serait, «compte tenu de toutes les circonstances», considéré dans le public comme révoltant et indigne, et il est évident que cette conduite est contraire aux principes selon lesquels les cours doivent rendre la justice.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de reconnaître la défense de provocation policière et de l'appliquer aux faits de l'espèce; par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer la déclaration de culpabilité et d'ordonner la suspension d'instance.

Version française du jugement des juges Martland, Dickson, Beetz et Chouinard rendus par

LE JUGE DICKSON—Je suis d'avis que les faits de cette affaire ne justifient pas la défense de provocation policière, même si l'on présume qu'elle existe en droit canadien.

Le juge du procès a dit:

> [TRADUCTION] Pour décider s'il y a une preuve suffisante pour soulever une défense de provocation policière, la preuve doit établir que la police a provoqué le crime et que, si elle ne l'avait pas fait, l'accusé n'aurait pas été

involved in the transaction. The instigation must of course go beyond mere solicitation or decoy work.

He continued:

In present case, the Crown was unable to produce the witness who originally arranged for the undercover officer to meet the accused, Amato. His evidence would have been extremely useful to assist me in making my determinations of fact. He could have corroborated the evidence of the Crown or he could have corroborated the evidence of the Defence. I believe he should have been called by the Crown. His absence has restricted the Defence from making a full answer in defence to the charge.

The trial judge concluded that in fairness to the accused he must presume that the witness in question would have given evidence consistent with that given by the defence and for that reason the findings of fact ought to be made on the basis of the evidence tendered by the defence. It seems to me a doubtful proposition that the defence evidence must be accepted as true because the Crown failed to call a witness whom the trial judge considered should have been called. Notwithstanding the adoption of such an unusual course, the trial judge concluded:

I am satisfied that the evidence in this case falls far short of the evidence required at law to establish the defence of entrapment. The evidence amounts no more than to persistent solicitation by the informer and the undercover Officer to persuade the accused Amato to engage in trafficking in cocaine.

When the matter reached the Court of Appeal, Taggart J.A. referred to the passage from the judgment at trial which I have just quoted and said:

I am not persuaded that the evidence to which we have been referred by counsel for the Appellant does other than support the conclusion reached by the trial judge.

Seaton J.A., in the course of his judgment said:

In the case at bar the police are not blamed, it is the informer who it is said importuned the Appellant. The police, according to counsel for the Appellant, did not have any reason to go after the Appellant and were not after him. It seems to me to follow that they did not entrap him. What the Appellant is saying is "I did

impliqué dans l'opération. L'instigation doit certes aller plus loin que la simple sollicitation ou l'utilisation d'imposteurs.

Il a poursuivi en disant:

[TRADUCTION] En l'espèce, la poursuite n'a pas pu produire le témoin qui est à l'origine de la rencontre de l'agent secret avec l'accusé Amato. Son témoignage m'aurait été extrêmement utile pour établir des constatations de fait. Il aurait pu corroborer la preuve de la poursuite ou celle de la défense. J'estime qu'il aurait dû être cité par la poursuite. Son absence a empêché la défense d'offrir une défense pleine et entière.

Le juge du procès a conclu qu'en toute impartialité envers l'accusé, il devait présumer que le témoin en question aurait fourni un témoignage compatible avec la preuve à décharge et qu'en conséquence les constatations de fait devaient être établies en fonction de la preuve à décharge. Je doute que l'on puisse dire que la preuve à décharge doit être acceptée comme vraie parce que la poursuite n'a pas assigné un témoin qui, de l'avis du juge du procès, aurait dû l'être. Malgré ce raisonnement peu habituel, le juge du procès a conclu:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que la preuve en l'espèce est loin de correspondre à la preuve nécessaire en droit pour établir la défense de provocation policière. La preuve n'indique rien de plus qu'une sollicitation répétée de la part de l'indicateur et de l'agent secret pour persuader l'accusé Amato de faire le trafic de cocaïne.

En Cour d'appel, le juge Taggart s'est reporté au passage du jugement de première instance que je viens de citer et a dit:

[TRADUCTION] Je ne suis pas convaincu que la preuve que vient de nous citer l'avocat de l'appelant ait d'autre effet que d'appuyer la conclusion du juge du procès.

Dans ses motifs, le juge Seaton a dit:

[TRADUCTION] En l'espèce, on ne reproche rien à la police, c'est l'indicateur qui aurait importuné l'appelant. Selon l'avocat de l'appelant, la police n'avait pas de raison de s'en prendre à l'appelant et elle ne s'en est pas pris à lui. Il s'ensuit à mon avis qu'il n'y a pas eu de provocation policière à son égard. C'est l'appelant qui

commit the offence, I was importuned by another, and fortunately for me that other had some relationship with the police and as a result I should be found not guilty." I do not accept that. I think that entrapment as such is not a general defect.

Carrothers, J.A. agreed with each Mr. Justice Taggart and Mr. Justice Seaton.

The four British Columbia judges before whom the matter has come have been unanimous in concluding that, on the facts, the defence of entrapment does not arise. It does not seem to me to fall to this Court to retry the case and arrive at different findings.

I would therefore dismiss this appeal.

The following are the reasons delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal brought with leave of this Court from a judgment of the Court of Appeal of British Columbia affirming the conviction of the appellant at his trial before Judge McGivern on two charges of trafficking in cocaine. The first charge was laid against Amato alone, but the second charge for the same offence which was allegedly committed ten days later was also laid against one June Lee.

The transactions which are the subject of these two counts formed a part of a sequence of events which was put in motion by one Don Langvin, a police informer, who had a drug related criminal record and who was employed by the police in this instance in furtherance of a scheme to locate sources from which drug traffickers were able to obtain their supply. The device adopted to this end was to instruct Langvin, who was then acting under an R.C.M.P. undercover officer named Godwin, to ferret out the required information. Langvin proceeded to obtain an introduction to the appellant through one Andre who employed Amato as a hairdresser. Langvin thereafter posed as one in need of drugs and requested the appellant to obtain some for him. Amato at first refused to have anything to do with the proposition saying in effect that he was just a simple hairdresser and

dit «j'ai commis l'infraction, j'y étais poussé par un autre, et heureusement pour moi cette autre personne avait un lien avec la police et, en conséquence, on doit me déclarer non coupable». Je n'accepte pas cela. Je crois que la provocation policière comme telle n'est pas un vice général.

Le juge Carrothers a souscrit aux opinions des juges Taggart et Seaton.

Les quatre juges de la Colombie-Britannique qui ont entendu l'affaire ont conclu à l'unanimité que les faits ne justifient pas, la défense de provocation policière. Il ne me semble pas qu'il incombe à cette Cour de reprendre le procès et de tirer des conclusions différentes.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE RITCHIE—Le présent pourvoi, interjeté sur autorisation de cette Cour, attaque un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'appelant prononcée au procès devant le juge McGivern relativement à deux accusations de trafic de cocaïne. La première accusation a été portée contre Amato seulement, mais la deuxième accusation pour une infraction semblable qui aurait été commise dix jours plus tard a également été portée contre une nommée June Lee.

Les opérations dont ces deux chefs d'accusations font état font partie d'une série d'événements qu'a déclenchés un nommé Don Langvin, un indicateur de police qui a un casier judiciaire pour des affaires de drogue et qui était au service de la police dans cette affaire pour aider à réaliser un plan visant à découvrir les sources d'approvisionnement des trafiquants de drogue. Le moyen adopté à cette fin consistait à donner à Langvin, qui agissait alors sous les ordres d'un agent secret de la G.R.C. nommé Godwin, des directives pour obtenir les renseignements requis. Langvin a réussi à être présenté à l'appelant par l'entremise d'un nommé André qui employait Amato comme coiffeur. Par la suite, Langvin a prétendu avoir besoin de drogue et a demandé à l'appelant de lui en obtenir. D'abord, Amato a refusé d'acquiescer de quelque façon à cette demande en disant qu'il n'était qu'un

knew nothing about drugs in any way; however, after a series of telephone calls and visits to his place of work, Amato was persuaded by Langvin to obtain a gram of cocaine which he did by contacting his former mistress, June Lee, who appears to have had the necessary contact with drug sources and who was thus able to produce the small amount of cocaine. This first transaction forms no part of the charges against Amato but it turned out to be only the beginning of repeated pestering by Langvin seeking further drugs from Amato. Thenceforth Amato was constantly bothered by telephone calls at his home and visits at his place of business by Langvin all of which were directed to soliciting further drugs from Amato. Amato finally succumbed to the pressure being exerted on him and arranged for another delivery. It was at this point that the undercover policeman, Godwin, entered the picture; he was introduced to Amato and after more pressure had been exerted over the appellant, a meeting was arranged for delivery of a further supply of cocaine. This transaction was the subject of the first charge against the appellant but the undercover policeman thereafter played a more prominent part and, posing as one who had friends coming to town the next day who were important in the drug trade in the U.S.A. and were in need of an immediate delivery of drugs which they were prepared to obtain by violence, that he finally induced the appellant to obtain a further supply of cocaine and in this case the transaction was completed by payment by Godwin to Amato and thence to Miss Lee.

It should be stressed that the record does not disclose any wrongdoing by the appellant either through dealings in drugs or otherwise until he was approached by Langvin and that his association with this character was purely as a friend of his employer (Andre). All the drug dealings involving the appellant were prompted and solicited by Langvin and later by Godwin and, as I have indicated, it is plain to me from the record that the course of events was instigated and carried forward at the direction of the police for the purpose of locating drug sources and that the involvement of the appellant was simply an incidental factor necessarily employed by the police in order to

simple coiffeur et qu'il ne connaissait rien à la drogue; cependant, après une série d'appels téléphoniques et de visites à son lieu de travail, Langvin a convaincu Amato de se procurer un gramme de cocaïne qu'il a obtenue en communiquant avec son ancienne maîtresse, June Lee, qui semble avoir eu les contacts nécessaires dans le milieu de la drogue et qui a pu fournir cette petite quantité de cocaïne. Cette première opération ne fait aucunement l'objet des accusations portées contre Amato, mais elle s'est avérée être seulement le début du harcèlement incessant de Langvin qui cherchait à obtenir d'Amato encore plus de drogue. Dès ce moment, Langvin n'a pas cessé d'importuner Amato par des appels à sa résidence et des visites à son lieu de travail afin d'obtenir plus de drogue d'Amato. Amato a fini par succomber sous la pression exercée sur lui et a organisé une autre livraison. C'est à ce moment que l'agent secret Godwin est entré en action; il a été présenté à Amato et après de nouvelles pressions sur l'appelant, une rencontre a été organisée pour une autre livraison de cocaïne. Cette opération fait l'objet de la première accusation portée contre l'appelant, mais par la suite, l'agent secret a joué un rôle plus important en prétendant qu'il attendait le lendemain la visite d'amis qui étaient des personnages importants dans le milieu des trafiquants de drogues aux États-Unis et qui voulaient une livraison immédiate de drogue qu'ils étaient prêts à obtenir par la violence; il a finalement incité l'appelant à se procurer une autre livraison de cocaïne et dans ce cas, l'opération a été complétée par le paiement de Godwin à Amato et de lui à M^lle^ Lee.

Il importe de souligner que le dossier ne révèle aucun acte illégal de la part de l'appelant, qu'il s'agisse de trafic de drogue ou autre, jusqu'à ce qu'il rencontre Langvin, et que son association à cet individu découle purement de ce que Langvin était un ami de son employeur (André). L'appelant s'est procuré de la drogue à la suggestion et instigation de Langvin et ensuite de Godwin, et comme je l'ai indiqué, il me paraît évident que la suite des événements a été provoquée et menée à bien suivant les directives de la police en vue de trouver la provenance de la drogue et que la participation de l'appelant était simplement un facteur accessoire que la police a nécessairement employée en vue de

achieve their objective. At the trial before McGivern J., Langvin was not called as a witness by either the Crown or the defence and as to this circumstance the learned trial judge observed:

In the present case, the Crown was unable to produce the witness who originally arranged for the undercover officer to meet the accused, Amato. His evidence would have been extremely useful to assist me in making my determinations of fact. He could have corroborated the evidence of the Crown or he could have corroborated the evidence of the Defence. I believe he should have been called by the Crown. His absence has restricted the Defence from making a full answer in defence to the charge.

I am satisfied that in fairness to the accused I must presume that he would have given evidence consistent with that given by the Defence. For that reason, I am prepared for the sake of these reasons for judgment, to assume that the findings of fact ought to be made on the basis of the evidence tendered by the Defence. The accused, Amato, testified that he was induced and persuaded by his former boss and the Police informer to obtain some cocaine. After several months of requests, and in an attempt to befriend the Police informer, Amato arranged for some cocaine through the accused, Lee. He also said that he had to persuade her to go along with the deal. The second transaction took place involving a half ounce of cocaine. At this time the accused, Amato, believed he was assisting his friend who was a Police informer. He only wanted to help a friend, the deal was arranged. The undercover Policeman arrived on the scene and after some time Amato was persuaded to go along with the sale to the undercover Policeman rather than to his friend, the informer.

Against the above background I am prepared to adopt the analysis of the facts contained in the judgment of Mr. Justice Taggart in the Court of Appeal:

Very briefly, the facts are that the Appellant was asked by his then employer if he could find some cocaine for a friend of his, that is to say of the employer's. The Appellant then and throughout the time that he had to do with the undercover police officer and the informer expressed no interest in accommodating them and it was only by virtue of the persuasion of his employer in the first instance and of the informer and the undercover police officer thereafter that the Appellant eventually agreed to provide a source of cocaine.

There were three transactions, the first of which did not result in a charge being preferred against the Appel-

réaliser son objectif. Au procès devant le juge McGivern, Langvin n'a été appelé à témoigner ni par la poursuite ni par la défense, et le savant juge du procès a fait remarquer à cet égard:

[TRADUCTION] En l'espèce, la poursuite n'a pas pu produire le témoin qui est à l'origine de la rencontre de l'agent secret avec l'accusé Amato. Son témoignage m'aurait été extrêmement utile pour établir des constatations de fait. Il aurait pu corroborer la preuve de la poursuite ou celle de la défense. J'estime qu'il aurait dû être cité par la poursuite. Son absence a empêché la défense d'offrir une défense pleine et entière.

Je suis convaincu qu'en toute impartialité envers l'accusé, je dois présumer qu'il aurait fourni un témoignage compatible avec la preuve à décharge. Pour ce motif, je suis disposé, aux fins des présents motifs de jugement, à admettre que les constatations de fait doivent être établies en fonction de la preuve à décharge. L'accusé Amato a témoigné que son ancien employeur et l'indicateur de police l'ont poussé à se procurer de la cocaïne et l'ont persuadé de le faire. Après qu'on le lui eut demandé pendant plusieurs mois, et pour essayer de venir en aide à l'indicateur de police, Amato s'est procuré de la cocaïne par l'entremise de l'accusée Lee. Il a également dit qu'il avait dû la convaincre de participer à l'opération. La deuxième opération portait sur une demi-once de cocaïne. A ce moment-là, l'accusé Amato croyait venir en aide à son ami qui était indicateur de police. Il voulait seulement aider un ami et il a organisé l'opération. L'agent secret est arrivé sur les lieux et après un certain temps, on a convaincu Amato d'effectuer la vente à l'agent secret plutôt qu'à son ami, l'indicateur.

En regard des faits énoncés ci-dessus, je suis disposé à souscrire à l'analyse des faits qu'on trouve dans les motifs de jugement du juge Taggart en Cour d'appel:

[TRADUCTION] Très brièvement, les faits révèlent que la personne qui était alors l'employeur de l'appelant lui a demandé s'il pouvait trouver de la cocaïne pour un de ses amis, c'est-à-dire un ami de l'employeur. L'appelant, à ce moment-là et tout le temps qu'il a été en rapport avec l'agent secret et l'indicateur, ne s'est pas montré intéressé à les obliger et ce n'est qu'après avoir été persuadé d'abord par son employeur et ensuite par l'indicateur et l'agent secret que l'appelant a fini par accepter de les approvisionner de cocaïne.

Il y a eu trois opérations et la première n'a donné lieu à aucune accusation contre l'appelant. Cette première

lant. That first offence was of a relatively small amount of cocaine which after a great deal of solicitation on the part of the informer the Appellant agreed to procure. He procured it through the medium of June Lee who herself obtained it from other persons. The first transaction was accomplished by the Appellant going to the house of Lee and there obtaining and paying for the cocaine with money which had been provided to him by the informer. He then took the cocaine to the informer and delivered it over to him. The informer in turn turned it over to his contact in the police force.

On the second occasion which gave rise to the first of the two charges against the Appellant, a substantially larger amount of cocaine was involved and the undercover police officer appeared on the scene with the informer. Substantially the same procedure was adopted on this occasion as the first occasion.

The third transaction did not involve the informer at all, but only the undercover police officer. On this occasion a yet more substantial amount of cocaine was involved and on this occasion the undercover police officer accompanied the Appellant to the house of Lee where the money was handed over and the cocaine provided directly to the undercover police officer. On each of these occasions there was a considerable amount of importuning on the part of either the informer or the undercover police officer or both.

It was submitted on behalf of the appellant, both at trial and on appeal, that the above circumstances were such as to justify him in invoking the defence of entrapment if indeed such a defence is recognized in Canadian law. Both courts below, however, held that the circumstances which I have outlined did not constitute entrapment and that in any event entrapment does not constitute a defence to a criminal charge in Canada. It is these two findings which form the basis of the grounds of appeal to this Court which are described as follows in the factum filed on behalf of the appellant:

(i) Whether the Court of Appeal erred in ruling that the conduct used by the police in this case directed at instigating and procuring the commission of a criminal offence by the accused did not in law constitute an entrapment or an abuse of process?

(ii) Whether the Court of Appeal erred in ruling that entrapment does not constitute a defence to a criminal charge?

infraction portait sur une quantité relativement minime de cocaïne que l'appelant a consenti à fournir suite aux multiples sollicitations de l'indicateur. Il l'a obtenue par l'entremise de June Lee qui l'a elle-même obtenue d'autres personnes. La première opération a été complétée lorsque l'appelant s'est rendu chez Lee et y a obtenu la cocaïne qu'il a payée avec l'argent que l'indicateur lui avait fourni. Il a alors apporté la cocaïne qu'il a livrée à l'indicateur. A son tour, l'indicateur l'a remise à son contact dans la police.

Pour la deuxième opération qui a donné lieu à la première des deux accusations portées contre l'appelant, il s'agissait d'une quantité de cocaïne nettement plus importante et l'agent secret s'est présenté sur les lieux avec l'indicateur. A cette occasion, on a employé à peu près le même système que la première fois.

Pour la troisième opération, l'indicateur n'a joué aucun rôle, seul l'agent secret y a participé. Cette opération portait sur une quantité encore plus importante de cocaïne et, à cette occasion, l'agent secret a accompagné l'appelant chez Lee où l'argent a été versé et la cocaïne remise directement à l'agent secret. Dans chaque cas, il y a eu beaucoup de pression exercée de la part de l'indicateur ou de l'agent secret ou des deux à la fois.

On a fait valoir au nom de l'appelant, tant au procès qu'en appel, que les circonstances énoncées ci-dessus permettent à l'appelant d'invoquer la défense de provocation policière si, bien sûr, le droit canadien reconnaît ce moyen de défense. Cependant, les deux cours d'instance inférieure ont décidé que les circonstances que j'ai décrites ne constituaient pas de la provocation policière et qu'en tout état de cause, la provocation policière n'est pas un moyen de défense opposable à une accusation criminelle au Canada. C'est sur ces deux conclusions que s'appuient les moyens d'appel à cette Cour qui sont énoncés comme suit dans le mémoire produit au nom de l'appelant:

[TRADUCTION] i) la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en décidant que la conduite de la police en l'espèce, qui visait à provoquer et à obtenir la perpétration d'une infraction criminelle par l'accusé, ne constituait pas en droit une provocation policière ou un abus de procédure?

ii) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en décidant que la provocation policière ne constitue pas un moyen de défense opposable à une accusation criminelle?

(iii) Whether the failure of the Crown to call the undercover police agent, Donald Langvin, or procure his attendance at the trial restricted the accused from making a full answer and defence to the charges and thereby constituted an abuse of process for which the proceedings ought to have been stayed?

As will hereafter appear the defence of entrapment has been recognized in a number of cases in the Supreme Court of the United States, but it is categorically denied by the courts in the United Kingdom as going to the guilt or innocence of the accused, although some consideration may be given to it in regard to sentence. This is made plain in the following passage from a judgment of Lord Chief Justice Widgery in *R. v. Mealey and Sheridan* (1974), 60 Crim. App. R. 59, at p. 62, where he says that it is

> . . . quite clearly established that the so-called defence of entrapment, which finds some place in the law of the United States of America, finds no place in our law here. It is abundantly clear on the authorities, which are uncontradicted on this point, that if a crime is brought about by the activities of someone who can be described as an agent provocateur, although that may be an important matter in regard to sentence, it does not affect the question of guilty or not guilty.

In the same case Lord Widgery observed that a policeman

> . . . must endeavour to tread the somewhat difficult line between showing the necessary enthusiasm to keep his cover and actually becoming an agent provocateur, meaning thereby someone who actually causes offences to be committed which otherwise would not be committed at all.

The approach in the United States stems from a judgment of the Supreme Court in *Sorrells v. United States* (1932), 287 U.S. 435, where an undercover police agent posing as a tourist induced a local resident to obtain liquor for him, and Chief Justice Hughes, speaking for the majority, after discussing entrapment as a defence, went on to say at p. 442:

> A different question is presented when the criminal design originates with the officials of the Government, and they implant in the mind of an innocent person the disposition to commit the alleged offense and induce its commission in order that they may prosecute.

iii) L'omission, par la poursuite, d'assigner l'agent secret Donald Langvin ou de veiller à ce qu'il soit présent au procès a-t-elle empêché l'accusé d'offrir une défense pleine et entière et constitue-t-elle par conséquent un abus de procédure justifiant une suspension de l'instance?

Comme on le verra ci-après, la Cour suprême des États-Unis a admis la défense de provocation policière dans plusieurs affaires, mais au Royaume-Uni, les tribunaux ont catégoriquement nié qu'elle ait un effet sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, bien qu'on y attache une certaine importance pour déterminer la sentence. Le passage suivant des motifs du lord juge en chef Widgery dans l'arrêt *R. v. Mealey and Sheridan* (1974), 60 Crim. App. R. 59, à la p. 62 l'énonce clairement en ces termes:

> [TRADUCTION] . . . clairement établi que la défense dite de provocation policière, que l'on admet dans le droit des États-Unis d'Amérique, n'est pas admise dans notre droit. Il est parfaitement évident, suivant la jurisprudence qui n'est pas contredite sur ce point, que si un acte criminel est occasionné par les actes d'une personne que l'on peut qualifier d'agent provocateur, cela ne touche en rien la question de la culpabilité ou de l'innocence, même si ce peut être un facteur important pour déterminer la sentence.

Dans le même arrêt, lord Widgery a fait remarquer qu'un policier

> [TRADUCTION] . . . doit s'efforcer de garder l'équilibre difficile entre faire preuve de l'enthousiasme nécessaire pour rester anonyme et devenir de fait un agent provocateur, c'est-à-dire une personne qui provoque de fait la perpétration d'infractions qui, sans cela, ne seraient pas commises.

Le principe appliqué aux États-Unis découle de l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Sorrells v. United States* (1932), 287 U.S. 435, dans laquelle un agent secret qui se faisait passer pour un touriste a incité un résident à obtenir pour lui une boisson alcoolique; parlant au nom de la majorité, le juge en chef Hughes, après avoir examiné la défense de provocation policière, a dit à la p. 442:

> [TRADUCTION] Une question différente se pose lorsque le dessein criminel provient des fonctionnaires et qu'ils implantent dans l'esprit d'un innocent l'intention de perpétrer l'infraction imputée et qu'ils l'incitent à la commettre pour pouvoir intenter des poursuites.

These observations were expressly affirmed in the Supreme Court in *Sherman v. United States* (1958), 356 U.S. 369 and in *United States v. Russell* (1973), 411 U.S. 423, in the latter of which cases Mr. Justice Rehnquist expanded on the reasoning for recognizing the limitations of the defence of entrapment when he said, at p. 434:

> Nor does it seem particularly desirable for the law to grant complete immunity from prosecution to one who himself planned to commit a crime, and then committed it, simply because government undercover agents subjected him to inducements which might have seduced a hypothetical individual who was not so predisposed.

The latter quotation indicates the different approaches adopted in the United States to the validity of the defence of entrapment where opportunity to commit a crime has been presented to an accused by the police.

If it be shown that an accused's character or record was such that he might have been predisposed to committing such a crime as is alleged and that he merely took advantage of the opportunity created by the undercover organization of the police to commit the crime, he is obviously under these circumstances not entitled to rely on the defence of entrapment in the same way as one whose record and character are free of blemish and who can show that his involvement with the crime was devised through the "creative activity" of an *agent provocateur*.

Although there is no authoritative judgment in Canada wherein it has been found that the facts support a defence of entrapment, there are nonetheless a number of cases in which the elements of such a defence are discussed. These cases are extensively reviewed by Laskin, C.J. in *Kirzner v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 487, where it will be seen that the weight of authority is to the effect that in a case where the evidence discloses that the crime in question would not have been committed save for the "calculated inveigling or persistent importuning" of the police it may then be apparent that it was the creative activity of the police rather than the intention of the accused which gave rise

Ces remarques ont été confirmées de façon expresse par la Cour suprême dans les arrêts *Sherman v. United States* (1958), 356 U.S. 369 et *United States v. Russell* (1973), 411 U.S. 423; dans ce dernier arrêt, le juge Rehnquist a explicité le raisonnement pour marquer les limites de la défense de provocation policière lorsqu'il a dit, à la p. 434:

> [TRADUCTION] Il ne semble pas non plus particulièrement souhaitable que la loi mette à l'abri de toute poursuite une personne qui a elle-même conçu le projet de commettre un crime, et qui le commet, simplement parce que les agents secrets de l'administration lui ont prodigué des encouragements qui auraient pu séduire une personne hypothétique qui n'avait pas de prédisposition en ce sens.

Cette dernière citation indique les divers principes adoptés aux Etats-Unis concernant la validité de la défense de provocation policière lorsque la police a fourni à un accusé l'occasion de commettre une infraction.

S'il est établi que la moralité ou les antécédents d'un accusé indiquent qu'il peut avoir été prédisposé à commettre le crime imputé et qu'il a simplement tiré profit de l'occasion que lui a offert le service secret de la police pour le commettre, il est évident que dans ce cas, on ne peut lui permettre d'invoquer la défense de provocation policière de la même façon qu'on le permettrait à une personne qui n'a pas de casier judiciaire et dont la moralité paraît sans taches et qui peut établir que sa participation au crime résulte de «l'activité créatrice» d'un agent provocateur.

Bien qu'il n'y ait au Canada aucun jugement faisant autorité qui établit que les faits justifient une défense de provocation policière, on relève néanmoins plusieurs décisions dans lesquelles les éléments de ce moyen de défense ont été analysés. Le juge en chef Laskin a longuement examiné ces décisions dans l'arrêt *Kirzner c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 487, dans lequel on voit que la jurisprudence dominante reconnaît que, dans un cas où la preuve révèle que le crime en cause n'aurait pas été commis en l'absence d'un [TRADUCTION] «piège calculé ou de sollicitations répétées» de la part de la police, il peut alors être évident que c'est l'activité créatrice de la police plutôt que l'inten-

to the crime being committed. In such event the essential element of *mens rea* would be absent and the accused's defence would be established.

The Canadian approach to the defence is best illustrated in the case of *Kirzner*, *supra*, where the Chief Justice made the following statement at p. 494:

> The problem which has caused judicial concern is the one which arises from the police-instigated crime, where the police have gone beyond mere solicitation or mere decoy work and have actively organized a scheme of ensnarement, of entrapment, in order to prosecute the person so caught. In my opinion, it is only in this situation that it is proper to speak of entrapment and to consider what effect this should have on the prosecution of a person who has thus been drawn into the commission of an offence.

It was contended in the present case that Amato was subjected to a threat of violence against himself if he failed to cooperate with the police plan for procuring the drug. If this had in fact been the case I am satisfied that it might well have supported a defence of entrapment, but a careful study of the evidence fails to disclose to me that there was any such threat although the police officer who was allegedly seeking drugs for some "strong arm" operators from the United States did make mention of the fact that they carried firearms and this apparently made Amato nervous.

Whether the activities of the police can be said to have amounted to the "calculated inveigling or persistent importuning" by the police mentioned by Mr. Justice Laskin (as he then was) in *R. v. Ormerod*, [1969] 2 O.R. 230, at p. 238, must depend on the facts of each case and in the present case, although drug transactions were suggested to Amato by an *agent provocateur*, this is not of itself enough to invoke the defence of entrapment or to affect the fact that Amato must have known that what he was doing was wrong.

In the case of *Lemieux v. The Queen*, [1967] S.C.R. 492, Lemieux was charged with breaking and entering a dwelling house where the police had secured the consent of the owner and had lured the accused into participating in the break-in. Here

tion de l'accusé qui est à l'origine du crime qui a été commis. Dans ce cas, on ne retrouverait pas l'élément essentiel de la *mens rea* et la défense de l'accusé serait établie.

La façon d'envisager ce moyen de défense au Canada est illustrée à son mieux dans l'arrêt *Kirzner*, précité, dans lequel le Juge en chef dit, à la p. 494:

> Le problème qui a suscité l'inquiétude du corps judiciaire est celui du crime commis à l'instigation de la police, lorsqu'elle est allée plus loin que la simple incitation ou l'utilisation d'imposteurs et qu'elle a d'elle-même organisé un piège, un projet de provocation policière, afin de poursuivre en justice la personne ainsi démasquée. A mon avis, c'est dans ce cas seulement que l'on peut parler de provocation policière et tenir compte de son effet possible sur la poursuite d'une personne qui a ainsi été amenée à commettre une infraction.

On a fait valoir en l'espèce qu'Amato a été menacé de voies de fait s'il refusait de collaborer au plan de la police et de fournir de la drogue. Si c'était vraiment le cas, je suis convaincu que la défense de provocation policière aurait pu être bien fondée, mais un examen attentif de la preuve ne me convainc pas qu'il y ait eu de telles menaces, même si le policier qui se disait à la recherche de drogue pour des fiers-à-bras venus des États-Unis avait mentionné le fait qu'ils étaient armés, ce qui semble avoir énervé Amato.

La question de savoir si on peut dire que les activités de la police équivalaient à [TRADUCTION] «un piège calculé ou [à des] sollicitations répétées» de la police, comme l'a dit le juge Laskin (tel était alors son titre) dans l'arrêt *R. v. Ormerod*, [1969] 2 O.R. 230, à la p. 238, dépend nécessairement des faits de chaque espèce, et, dans le cas présent, même si un agent provocateur a suggéré à Amato de lui procurer de la drogue, cela ne suffit pas en soi pour invoquer la défense de provocation policière ou pour modifier le fait qu'Amato devait savoir qu'il agissait illégalement.

Dans l'affaire *Lemieux c. La Reine*, [1967] R.C.S. 492, Lemieux a été accusé de vol par effraction dans une maison d'habitation alors que la police avait obtenu le consentement du propriétaire et avait entraîné l'accusé à participer à l'ef-

there was *mens rea* but the accused was ultimately acquitted in this Court on the ground that the owner having consented there was no *actus reus*. In the course of his reasons for judgment which were delivered on behalf of this Court, Mr. Justice Judson said, at p. 496:

> Had Lemieux in fact committed the offence with which he was charged, the circumstance that he had done the forbidden act at the solicitation of an *agent provocateur* would have been irrelevant to the question of his guilt or innocence. The reason that his conviction cannot stand is that the jury were not properly instructed on a question vital to the issue whether any offence had been committed.

These remarks have been widely characterized as *obiter dicta* but while it is true that they were not necessary to the determination of that case, I prefer to regard them as support for the proposition that the mere fact that the crime was committed at the "solicitation" of an *agent provocateur* does not, standing alone, support a defence of entrapment.

In my view it is only where police tactics are such as to leave no room for the formation of independent criminal intent by the accused that the question of entrapment can enter into the determination of his guilt or innocence.

It was further contended in the present case that the failure of the Crown to call the *agent provocateur*, Langvin, as a witness resulted in the accused being unable to cross-examine him and to thus being denied the right of making full answer and defence to the charges. The appellant characterized this method of conducting the case as being an abuse of process which should have resulted in the proceedings being stayed. In my opinion, the failure to call Langvin, who was apparently unavailable to both parties, did not amount to an abuse of process; not only does the evidence not disclose any such abuse, but no such question arises in the present case because of the finding made at trial that any disadvantage to which the defence might have been subjected by the absence of Langvin did not affect the trial judge's being "prepared for the sake of these reasons for judgment, to assume that the findings of fact ought to

fraction. La *mens rea* était présente mais cette Cour a finalement acquitté l'accusé pour le motif que, puisque le propriétaire avait donné son consentement, il n'y avait pas d'*actus reus*. Dans les motifs du jugement qu'il a rendu au nom de cette Cour, le juge Judson a dit, à la p. 496:

> [TRADUCTION] Si Lemieux avait réellement commis l'infraction dont il était accusé, le fait qu'il ait commis un acte prohibé à l'instigation d'un agent provocateur n'aurait eu aucune incidence sur la question de sa culpabilité ou de son innocence. La raison pour laquelle sa condamnation ne peut être infirmée est qu'on n'a pas exposé avec justesse au jury un élément primordial du litige, celui de savoir si une infraction avait été commise.

On a souvent qualifié ces remarques d'opinion incidente, mais, bien qu'il soit exact qu'elles n'aient pas été nécessaires à la solution de l'espèce, je préfère considérer qu'elles appuient l'énoncé que le simple fait que le crime ait été commis à l'«instigation» d'un agent provocateur ne peut, en soi, justifier une défense de provocation policière.

A mon avis, ce n'est que lorsque les tactiques de la police ne laissent pas de place à la formation d'une intention criminelle indépendante chez l'accusé que la question de la provocation policière peut avoir une incidence sur la détermination de sa culpabilité ou son innocence.

On a en outre fait valoir en l'espèce que l'omission, par la poursuite, d'assigner comme témoin l'agent provocateur, Langvin, a eu pour effet d'empêcher l'accusé de le contre-interroger et de lui refuser le droit à une défense pleine et entière aux accusations portées contre lui. L'appelant a qualifié ce mode d'instruction du procès d'abus de procédures qui aurait dû entraîner la suspension de l'instance. A mon avis, l'omission d'assigner Langvin, que les deux parties n'ont apparemment pas pu trouver, n'équivaut pas à un abus de procédure; non seulement la preuve ne révèle pas qu'il y ait eu abus, mais cette question ne se pose pas en l'espèce à cause de la conclusion, au procès, que tout inconvénient que peut avoir subi la défense en raison de l'absence de Langvin n'a pas empêché le juge du procès d'être [TRADUCTION] «disposé, aux fins des présents motifs de jugement, à admettre que les constatations de fait doivent être établies

be made on the basis of the evidence tendered by the Defence". This finding in my view mitigates against any conclusion that Langvin's absence from the stand can be characterized as having resulted in any disadvantage to the accused which could justify a finding of "abuse of process" with an accompanying stay of proceedings.

For all these reasons I would dismiss this appeal.

*Appeal dismissed*, LASKIN C.J. *and* ESTEY, MCINTYRE *and* LAMER JJ. *dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Sydney B. Simons, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.*

en fonction de la preuve à décharge». A mon avis, cette décision atténue toute conclusion que l'absence de Langvin au procès puisse être interprétée comme ayant causé à l'accusé un inconvénient susceptible de justifier une conclusion d'«abus de procédures» entraînant une suspension d'instance.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté, le juge en chef* LASKIN *et les juges* ESTEY, MCINTYRE *et* LAMER *sont dissidents.*

*Procureur de l'appelant: Sydney B. Simons, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée: R. Tassé, Ottawa.*

**A.N. Bail Co. Ltée** (*Defendant-Appellant*) *Appellant*;

and

**Paul Gingras and Jacques Gingras** (*Plaintiffs-Respondents*) *Respondents*;

and

**Mercure Béliveau & Cie, in the capacity of trustee** *Respondent in continuance of suit.*

File No.: 16265.

1982: June 16; 1982: September 28.

Present: Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Bankruptcy — Contract — Contractor and subcontractor — Clause authorizing contractor to pay creditors of subcontractor directly — Payment by contractor after subcontractor's bankruptcy — Whether such a clause can be applied after date of bankruptcy — Whether effect is to release contractor from obligations to trustee — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 47, 50, 112.*

Respondent trustee claimed from appellant the balance owing under a subcontract between it and the bankrupt company. Relying on a clause of the contract, appellant after the date of the bankruptcy had paid a creditor of the bankrupt subcontractor directly. The Superior Court allowed the action and ordered the appellant to pay. The judgment was affirmed by the Court of Appeal. Hence this appeal, to determine whether such a clause can be relied on after the bankruptcy so as to authorize a debtor of the bankrupt company to pay a creditor of the latter rather than the trustee, if it chooses to do so.

*Held*: The appeal should be dismissed.

The payment made by appellant to the creditor of the bankrupt company did not release it from its obligation to the trustee, since from the date of the bankruptcy the debt passed into the hands of the trustee as part of the assets of the bankrupt company, and only the latter could obtain payment of it (ss. 47 and 50 of the *Bankruptcy Act*). There was no legal connection between appellant and the creditor of the bankrupt subcontractor, and the clause in question contained only an option which appellant reserved in its subcontract, without creating any obligation.

**A.N. Bail Co. Ltée** (*Défenderesse-Appelante*) *Appelante*;

et

**Paul Gingras et Jacques Gingras** (*Demandeurs-Intimés*) *Intimés*;

et

**Mercure Béliveau & Cie, es qualité de syndic** *Intimé en reprise d'instance.*

N° du greffe: 16265.

1982: 16 juin; 1982: 28 septembre.

Présents: Les juges Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Faillite — Contrat — Entrepreneur et sous-entrepreneur — Clause autorisant l'entrepreneur à payer directement les créanciers du sous-traitant — Paiement par l'entrepreneur après la faillite du sous-traitant — Une telle clause est-elle applicable après la date de la faillite? — A-t-elle pour effet de libérer l'entrepreneur vis-à-vis du syndic? — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 47, 50, 112.*

Le syndic intimé a réclamé à l'appelante le solde d'une créance dû en vertu d'un sous-contrat d'entreprise intervenu entre cette dernière et la compagnie en faillite. L'appelante, s'autorisant d'une clause contractuelle, avait directement payé après la date de la faillite, un créancier du sous-traitant failli. La Cour supérieure a accueilli l'action et condamné l'appelante à payer. La Cour d'appel a confirmé le jugement. D'où ce pourvoi pour déterminer si on peut invoquer une telle clause après la faillite de façon à autoriser un débiteur de la compagnie en faillite à payer, à son choix, un créancier de celle-ci plutôt que le syndic.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

Le paiement fait par l'appelante au créancier de la compagnie en faillite ne l'a pas libérée vis-à-vis du syndic puisqu'à compter de la faillite la créance du sous-traitant est passée aux mains du syndic comme faisant partie des biens de la compagnie en faillite et seul ce dernier pouvait en obtenir le paiement (art. 47 et 50 de la *Loi sur la faillite*). Il n'existait aucun lien de droit entre l'appelante et le créancier du sous-traitant failli et la clause en question ne comportait qu'une faculté que se réservait l'appelante par son sous-contrat, sans cependant créer aucune obligation.

*Industries Saguenay Ltée v. Industries Couture Ltée*, [1973] C.A. 316; *In re John East Co.* (1940), 21 C.B.R. 232, considered; *In re Wilkinson, ex parte Fowler*, [1905] 2 K.B. 713; *In re Tout & Finch Ld.*, [1954] 1 W.L.R. (U.K.) 178, not followed; *In re Rosenzweig, Goldfine's Claim* (1920), 1 C.B.R. 385; *In re Prima Skirt Co., Thompson's Claim* (1921), 1 C.B.R. 438; *R. v. Hodges* (1921), 1 C.B.R. 530, distinguished.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal affirming a judgment of the Superior Court. Appeal dismissed.

*Normand Amyot*, for the appellant.

*Francine Côté* and *Laurent Trudeau*, for the respondent trustee.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—Respondent, the trustee in bankruptcy of Maçonnerie Montmorency Inc., claimed from appellant the balance owing under a subcontract between it and the bankrupt company.

Appellant offered and deposited $6,476.84. It now acknowledges owing a further amount of $2,500. However, it denies owing the further sum of $27,116.28 which it was ordered to pay by a judgment of the Superior Court, affirmed unanimously by the Court of Appeal.

Its contestation is based on the fact that since the bankruptcy, in reliance on a clause of the contract, it has already paid this amount directly to Tuyaux Vibrés Inc., a supplier of materials which was a creditor of Maçonnerie Montmorency Inc.

The only point at issue here is whether the contractual clause relied on can be applicable after the bankruptcy of the subcontractor Maçonnerie Montmorency Inc.

In an initial contract dated October 31, 1969 with Defence Construction (1951) Ltd., acting on behalf of the Department of National Defence, representing Her Majesty the Queen in right of Canada, appellant undertook the design and construction of vehicle storage and maintenance facili-

Jurisprudence: arrêts examinés: *Industries Saguenay Ltée v. Industries Couture Ltée*, [1973] C.A. 316; *In re John East Co.* (1940), 21 C.B.R. 232; arrêts non suivis: *In re Wilkinson, ex parte Fowler*, [1905] 2 K.B. 713; *In re Tout & Finch Ld.*, [1954] 1 W.L.R. (U.K.) 178; distinction faite avec les arrêts: *In re Rosenzweig, Goldfine's Claim* (1920), 1 C.B.R. 385; *In re Prima Skirt Co., Thompson's Claim* (1921), 1 C.B.R. 438; *R. v. Hodges* (1921), 1 C.B.R. 530.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté.

*Normand Amyot*, pour l'appelante.

*Francine Côté* et *Laurent Trudeau*, pour le syndic intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—L'appelante s'est vu réclamer par l'intimé, syndic à la faillite de Maçonnerie Montmorency Inc., le solde dû en vertu d'un sous-contrat d'entreprise entre elle et la compagnie en faillite.

L'appelante a offert et consigné $6,476.84. Elle reconnaît maintenant devoir une autre somme de $2,500. Elle nie cependant devoir la somme additionnelle de $27,116.28 qu'elle a été condamnée à payer par un jugement de la Cour supérieure, confirmé à l'unanimité par la Cour d'appel.

Sa contestation est fondée sur le fait que s'autorisant d'une clause contractuelle, elle a, depuis la faillite, déjà payé cette somme directement à Tuyaux Vibrés Inc., un fournisseur de matériaux créancier de Maçonnerie Montmorency Inc.

La seule question qui se pose est celle de savoir si la clause contractuelle invoquée peut trouver application après la faillite du sous-traitant Maçonnerie Montmorency Inc.

Par un premier contrat du 31 octobre 1969 avec Construction de la Défense (1951) Ltée, agissant pour le ministère de la Défense nationale, représentant Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, l'appelante s'est engagée à procéder à l'étude et à la construction d'installations de remisage et d'en-

ties at the Canadian Forces Base at Valcartier. Clause 21 of this contract reads:

21. (1) Her Majesty may, in order to discharge lawful obligations of and satisfy lawful claims against the Contractor or subcontractor arising out of the execution of the work, pay any amount which is due and payable to the Contractor pursuant to the Terms of Payment or is payable pursuant to section 41 of the General Conditions following a conversion of a negotiation of the security deposit directly to the obligees of and the claimants against the Contractor or the subcontractor.

(2) A payment made pursuant to subsection (1) is to the extent of the payment a discharge of Her Majesty's liability under the contract to the Contractor.

(3) To the extent that the circumstance of the work being executed for Her Majesty permits it, the Contractor will comply with all laws in force in the Province where the work is being executed relating to payment periods, mandatory holdbacks, and creation and enforcement of mechanics' liens or, if such Province is the Province of Quebec, the law relating to privileges.

(4) The Contractor will discharge all lawful obligations of his and will satisfy all lawful claims against him arising out of the execution of the work at least as often as the Terms of Payment require Her Majesty to discharge Her obligations to the Contractor.

(5) The Contractor will, whenever so requested by the Engineer, make a statutory declaration deposing to the existence and condition of the obligations and claims referred to in subsection (4).

By a subcontract dated December 23, 1969, appellant delegated the masonry work to Maçonnerie Montmorency Inc. It provided in clause 1:

[TRANSLATION] The Subcontractor undertakes to provide all materials and perform work as described in Clause IV hereof, relating to the construction of vehicle storage and maintenance facilities for DEFENCE CONSTRUCTION (1951) LTD., hereinafter referred to as "the Owner", Canadian Forces Base, Valcartier, Que., in accordance with the general terms and conditions of the contract concluded between the Owner and the Contractor, and pursuant to the plans and specifications to be completed by T. PRINGLE & SON LIMITED (pursuant to bid documents of D.C.L. (1951)

tretien des véhicules à la base des Forces canadiennes de Valcartier. La clause 21 de ce contrat se lit:

[TRADUCTION] 21. (1) Aux fins d'acquitter les obligations légitimes de l'Entrepreneur ou d'un sous-entrepreneur ou de faire droit aux réclamations légitimes faites contre l'Entrepreneur ou un sous-entrepreneur en conséquence de l'exécution des travaux, Sa Majesté peut payer tout montant qui est dû et payable à l'Entrepreneur en conformité des Modalités de paiement, ou qui est payable, en conformité de l'article 41 des Conditions générales, après appropriation ou négociation du dépôt de garantie, directement aux créanciers de l'Entrepreneur ou du sous-entrepreneur ou aux personnes qui font lesdites réclamations.

(2) Un paiement effectué en conformité du paragraphe (1) acquitte, jusqu'à concurrence du paiement, tout montant dont Sa Majesté est redevable à l'Entrepreneur en vertu du contrat.

(3) Dans la mesure où le permettent les circonstances des travaux exécutés pour Sa Majesté, l'Entrepreneur se conformera à toutes les lois en vigueur dans la province où les travaux sont exécutés quant aux délais de paiement, aux retenues obligatoires, et à la création et la mise en vigueur des *mechanic's liens* ou, si la province est la province de Québec, aux dispositions de la loi qui concernent les privilèges.

(4) L'Entrepreneur acquittera toutes ses obligations légitimes et fera droit à toutes les réclamations légitimes faites contre lui en conséquence de l'exécution des travaux, au moins aussi souvent que les Modalités de paiement obligent Sa Majesté à acquitter ses obligations envers l'Entrepreneur.

(5) Sur demande de l'ingénieur, l'Entrepreneur fera une déclaration statutaire témoignant de l'existence et de l'état des obligations et réclamations mentionnées au paragraphe (4).

Par un sous-contrat du 23 décembre 1969, l'appelante a confié les travaux de maçonnerie à Maçonnerie Montmorency Inc. Il est stipulé à l'art. 1:

Le Sous-traitant s'engage à fournir tous les matériaux et à exécuter les travaux tels que décrits à l'Article IV des présentes et relatifs à la construction d'installations de remisage et d'entretien des véhicules pour CONSTRUCTION DE LA DEFENSE (1951) LIMITÉE ci-après appelé «le Propriétaire», Base Forces Canadiennes, Valcartier, P.Q. conformément aux conditions générales du contrat passé entre le Propriétaire et l'Entrepreneur et selon les plans et devis à être complétés par T. PRINGLE & SON LIMITED (selon l'intention des documents de soumissions de C.D.L. (1951) Ltée) ci-

Ltd.), hereinafter referred to as the Architect/Engineer. These plans and specifications form an integral part of the contractual documents between the Owner and the Contractor, and are binding on the Subcontractor in so far as they relate to the work referred to in this subcontract, and the general terms and conditions of the contract concluded between the Contractor and the Owner are binding on the Contractor and the Subcontractor in so far as they relate and are applicable to this subcontract.

(Emphasis added.)

Respondent admitted that as a consequence of this clause, [TRANSLATION] "The general terms and conditions of the contract concluded between the Crown corporation and the general contractor, the appellant in the case at bar, of which clause 21 is a part, applied to the contract concluded between the appellant and the bankrupt, Maçonnerie Montmorency Inc."

However, appellant did not rely directly on this clause as part of its subcontract. Rather, it argued that notwithstanding the bankruptcy, the owner could still rely on Clause 21 and make its payment directly to a subcontractor or a supplier of materials. Its submission is that as a matter of fact it paid Tuyaux Vibrés Inc. rather than the trustee at the insistence of the federal Crown. It said the following:

[TRANSLATION] ... the owner, THE FEDERAL CROWN, acting through its agent "DEFENCE CONSTRUCTION" (1951) LTD., took the following position:

(a) it wished to protect the subcontractors and suppliers and to ensure that their claims would be paid; in support of its position, it cited Clause 21 of the general contract between the owner and the general contractor;

(b) it further insisted on payment being made in the ordinary course of business, that is, for it to be made directly by Appellant to the supplier: this procedure was justified by the fact that Appellant, as the general contractor, was in a better position than the owner to assess the merits and quantum of the claim by the supplier TUYAUX VIBRES INC.;

(c) the owner further clearly indicated to Appellant that it would pay the supplier TUYAUX VIBRES INC. directly if Appellant neglected to do so, and would deduct the amount so paid to TUYAUX

après appelé l'Architecte/Ingénieur. Ces plans et devis faisant partie intégrante des documents contractuels entre le Propriétaire et l'Entrepreneur, lient le Sous-traitant tant que ces derniers se rapportent aux travaux indiqués dans le présent sous-contrat, et les conditions générales du contrat passé entre l'Entrepreneur et le Propriétaire lient l'Entrepreneur et le Sous-traitant tant qu'elles se rapportent et sont applicables au présent sous-contrat.

(C'est moi qui souligne.)

Par l'effet de cet article, reconnaît l'intimé, «Les conditions générales du contrat intervenu entre la corporation de la Couronne et l'entrepreneur général, appelante en cette cause, dont fait partie l'article 21, s'appliquaient au contrat intervenu entre l'appelante et la faillie, Maçonnerie Montmorency Inc.»

L'appelante cependant n'invoque pas directement cette clause comme partie de son sous- contrat. Elle argumente plutôt que, faillite ou non, le propriétaire pouvait toujours invoquer la clause 21 et payer directement un sous-traitant ou un fournisseur de matériaux. De fait, dit-elle, c'est sur l'insistance de la Couronne fédérale qu'elle a payé Tuyaux Vibrés Inc., plutôt que le syndic. Elle s'en exprime ainsi:

... le propriétaire, LA COURONNE FEDERALE, agissant par l'intermédiaire de son agence «CONSTRUCTION DE LA DEFENSE» (1951) LTEE avait pris la position suivante:

a) il désirait protéger les sous-traitants et fournisseurs et s'assurer que leur réclamation serait acquittée; pour justifier sa position il invoquait la clause 21 du contrat général entre le propriétaire et l'entrepreneur général;

b) il insistait également pour que le paiement se fasse dans le cours ordinaire des affaires c'est-à-dire qu'il soit effectué directement par l'Appelante au fournisseur. Cette procédure était justifiée par le fait que l'Appelante, comme Entrepreneur général, était en meilleure position que le propriétaire pour évaluer le bien fondé et le quantum de la réclamation du fournisseur TUYAUX VIBRES INC.;

c) le propriétaire avait de plus clairement indiqué à l'Appelante qu'il paierait directement le fournisseur TUYAUX VIBRES INC. si l'Appelante négligeait de le faire, et déduirait la somme ainsi versée à

VIBRES INC. from any amount which it might owe Appellant;

Indeed, it appears from the evidence that although the work had been completed and the holdbacks were due to be paid by the owner to Appellant, the owner nonetheless held back approximately $250,000.00, that is the normal holdback of $200,000.00 which was due and payable to Appellant and a further special holdback of $50,000.00, to cover the claim of the supplier TUYAUX VIBRES INC. in the amount of $27,116.28.

In its argument appellant placed great reliance on the fact that it did not voluntarily pay Tuyaux Vibrés Inc. rather than the trustee, but because of the pressure placed on it to do so by the owner. I do not for my own part see that this changes the legal position in any way. I would refer in this regard to Montgomery J.A. who, speaking for the Court of Appeal, wrote:

I do not question the good faith of the administrators of Defence Construction nor of Appellant and I have considerable sympathy for Appellant, which yielded to pressure to make this direct payment to the supplier in order to obtain full payment of the contract price due to it.

However, it is necessary to return to the fundamental question of whether such a contractual clause can be applied after the bankruptcy, so that the payment made by appellant to a creditor of the bankrupt company would have the effect of releasing appellant from its obligations to the trustee.

Whether appellant paid the supplier of materials Tuyaux Vibrés Inc. instead of the trustee because it was forced to do so by the owner who was relying on Clause 21 of the principal contract between it and appellant, or whether it did so because it relied itself on a similar clause which had become part of its subcontract with the bankrupt company, the question to be decided is still the same: can this clause be put into effect after the bankruptcy so as to authorize a debtor of the bankrupt company to pay a creditor of the latter instead of the trustee, if it chooses to do so?

Appellant submitted that the trustee takes the property of the bankrupt subject to the latter's rights and obligations. Appellant cited various passages from Duncan and Honsberger, *Bankruptcy in Canada*, and from *Halsbury's Laws of England*

TUYAUX VIBRES INC. de tout montant qu'il pourrait devoir à l'Appelante;

De fait, il appert de la preuve que malgré que les travaux étaient terminés et que les retenues devaient être déboursées par le propriétaire à l'Appelante, ce dernier retenait néanmoins environ $250,000.00 soit la retenue normale de $200,000.00 qui était due et payable à l'Appelante et une autre retenue spéciale de $50,000.00 pour couvrir la réclamation du fournisseur TUYAUX VIBRES INC. au montant de $27,116.28;

L'appelante dans son argumentation fait grand état du fait que ce n'est pas par choix qu'elle a payé Tuyaux Vibrés Inc. plutôt que le syndic, mais à cause de la pression exercée sur elle à cette fin par le propriétaire. Je ne crois pas, pour ma part, que ce fait change quoi que ce soit à la situation juridique. Je puis, sous ce rapport, citer le juge Montgomery qui, au nom de la Cour d'appel, écrit:

[TRADUCTION] Je ne mets pas en doute la bonne foi des administrateurs de Construction de la Défense et de l'appelante, et j'ai beaucoup de sympathie pour l'appelante, qui a cédé à la pression pour verser ce paiement directement au fournisseur afin d'obtenir le paiement complet du prix du contrat qui lui était dû.

Mais il faut en revenir à la question fondamentale de savoir si une telle clause contractuelle peut trouver son application après la faillite de façon que le paiement fait par l'appelante à un créancier de la compagnie en faillite puisse avoir pour effet de libérer l'appelante vis-à-vis du syndic.

Que ce soit parce qu'elle y a été poussée par le propriétaire qui s'appuyait sur la clause 21 du contrat principal entre lui et l'appelante, ou que ce soit en invoquant elle-même semblable clause devenue partie de son sous-contrat avec la compagnie en faillite que l'appelante a payé le fournisseur de matériaux Tuyaux Vibrés Inc., au lieu du syndic, la question à déterminer reste la même: cette clause peut-elle être mise à effet après la faillite de façon à autoriser un débiteur de la compagnie en faillite à payer, à son choix, un créancier de celle-ci plutôt que le syndic?

L'appelante soumet que le syndic est saisi des biens du failli sujet aux droits et obligations qu'avait celui-ci. L'appelante cite divers passages de Duncan and Honsberger, *Bankruptcy in Canada*, et de *Halsbury's Laws of England* à l'appui de

in support of this proposition, which was not disputed by respondent and which in my view is not at issue.

To illustrate the application of the principle, appellant referred to two judgments of Panneton J. of the Superior Court, where the latter held that the provisions of art. 1543 *C.C.*, regarding the right to cancel a sale when payment of the price is not made, apply notwithstanding a bankruptcy, provided that, according to the second paragraph of this article, in the case of a bankruptcy the right can only be exercised within 30 days of delivery (*In re Rosenzweig, Goldfine's Claim* (1920), 1 C.B.R. 385; *In re Prima Skirt Co., Thompson's Claim* (1921), 1 C.B.R. 438). I do not think that these judgments are in any way relevant. The right of cancellation is conferred by the *Civil Code* in all circumstances and its exercise is not inconsistent with the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3.

I also do not regard as relevant the decision of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Hodges* (1921), 1 C.B.R. 530, in which the contract provided that in the event of a default by the contractor, the Crown would take possession of two vessels which the Court found to be subject to a lien in favour of the Crown: in that case the Crown took possession before the bankruptcy.

However, the two judgments of English courts to which appellant referred this Court are much more relevant: *In re Wilkinson, ex parte Fowler*, [1905] 2 K.B. 713; *In re Tout & Finch Ld.*, [1954] 1 W.L.R. 178.

These two judgments involve situations and contractual clauses which are quite similar to those of the case at bar.

In the relevant part of his judgment in *Tout & Finch*, Wynn-Parry J. of the Chancery Division cites lengthy extracts from the *Wilkinson* case on which he relies, but without adding further reasons of his own. I shall therefore deal only with the *Wilkinson* judgment.

The headnote of the latter case reads as follows:

cette proposition que d'ailleurs l'intimé ne conteste pas et qui à mon avis n'est pas en cause.

Pour illustrer l'application du principe l'appelante réfère à deux jugements du juge Panneton de la Cour supérieure où celui-ci a décidé que les dispositions de l'art. 1543 *C.c.* relatives au droit de résolution de la vente, faute de paiement du prix, s'appliquent nonobstant faillite sous cette réserve que, suivant le deuxième alinéa de cet article, dans le cas de faillite, ce droit ne peut être exercé que dans les 30 jours de la livraison. (*In re Rosenzweig, Goldfine's Claim* (1920), 1 C.B.R. 385; *In re Prima Skirt Co., Thompson's Claim* (1921), 1 C.B.R. 438). Je ne crois pas que ces jugements soient de quelque façon pertinents. Il s'agit d'un droit de résolution conféré par le *Code civil* en toutes circonstances et dont l'exercice n'est pas incompatible avec la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, chap. B-3.

Ne me paraît pas davantage pertinent l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. v. Hodges* (1921), 1 C.B.R. 530 où le contrat prévoyait, en cas de défaut de l'entrepreneur, la prise de possession par la Couronne de deux navires que la Cour déclare grevés d'un privilège (*lien*) en faveur de la Couronne, et où la prise de possession par la Couronne fut effectuée avant la faillite.

Beaucoup plus pertinents toutefois sont les deux jugements des tribunaux anglais auxquels l'appelante nous a référés: *In re Wilkinson, ex parte Fowler*, [1905] 2 K.B. 713; *In re Tout & Finch Ld.*, [1954] 1 W.L.R. 178.

Dans ces deux jugements l'on se trouve en présence de situations et de clauses contractuelles qui se rapprochent sensiblement de celles de la présente affaire.

Dans la partie pertinente de son jugement dans l'affaire *Tout & Finch*, le juge Wynn-Parry de la Chancery Division cite de larges extraits du jugement *Wilkinson* sur lequel il s'appuie, mais sans y ajouter au plan des motifs. Je m'arrêterai donc seulement sur l'affaire *Wilkinson*.

Voici le sommaire de cette dernière affaire:

In September, 1903, A. signed a contract with a local authority to construct sewage works at a price to be paid to him by monthly instalments, less 10 per cent., on the certificate of the engineer of the local authority; the 10 per cent. to be retained and paid to A. six months after completion of the works. The contract also provided that certain machinery for the works was to be supplied to A. by specified firms, and that (clause 54), "If the engineer shall have reasonable cause to believe that the contractor is unduly delaying proper payment to the firms supplying the machinery, he shall have power if he thinks fit to order direct payment to them."

On October 12, 1904, A. was adjudicated bankrupt on his own petition. At this date the contract was substantially completed, and there was then due under it the sum of 1574*l.* 15*s.* 10*d.* only, of which 1349*l.* 17*s.* 8*d.* was retention money and 224*l.* 18*s.* 2*d.* was a sum payable on the engineer's next certificate, and these two sums were claimed by the trustee in bankruptcy. At the same date A. owed 836*l.* 8*s.* 9*d.* in various amounts to the specified firms for machinery supplied to him for the works; and subsequently the engineer in 1905 made two orders under clause 54 directing payment of the 836*l.* 8*s.* 9*d.* out of the 1574*l.* 15*s.* 10*d.* to the firms in settlement of their accounts:

*Held*, that A. by presenting his own petition in bankruptcy "unduly delayed proper payment" to the machinery firms within the meaning of clause 54:

*Held*, also, that the power conferred by that clause on the engineer was not annulled or revoked by A.'s bankruptcy; and that the firms by virtue of the two orders of the engineer were entitled to be paid the 836*l.* 8*s.* 9*d.* out of the 1574*l.* 15*s.* 10*d.* in priority to the claim of the trustee.

Bigham J. comments on clause 54 as follows [at pp. 719-20]:

That clause, in my opinion, is inserted in the contract for the benefit, not only of the people who supply the machinery, but also of the council itself. It is very much to the interest of the council to see that contracts of this kind for public works into which they enter are carried out in a manner satisfactory to all persons who are concerned in the performance of them. The council certainly may, and no doubt frequently do, make contracts of this kind, and they make them much more advantageously when the people who supply the machinery or other goods which are to be used by the contractor in the performance of the contract know that

[TRADUCTION] Au mois de septembre 1903, A a conclu avec l'administration locale un contrat pour la construction d'égouts moyennant un prix à lui être payé par versements mensuels, moins dix pour cent, sur la délivrance du certificat de l'ingénieur de l'administration locale; dix pour cent du prix devaient être retenus et payés à A six mois après l'achèvement des travaux. Le contrat prévoyait en outre que certaines machines nécessaires aux travaux devaient être fournies à A par des sociétés désignées et que (la clause 54) «Si l'ingénieur a raison de croire que l'entrepreneur retarde sans raison d'effectuer le paiement aux sociétés qui fournissent les machines, il a le pouvoir, s'il l'estime approprié, d'ordonner que le paiement leur soit versé directement».

Le 12 octobre 1904, A a été déclaré failli à sa demande même. A cette date, une partie importante du contrat était achevée, et il restait dû en vertu du contrat la somme de 1574*l.* 15*s.* 10*d.* seulement, dont 1349*l.* 17*s.* 8*d.* étaient retenus, et 244*l.* 18*s.* 2*d.* étaient à payer sur présentation du prochain certificat de l'ingénieur, et ces deux sommes ont été réclamées par le syndic à la faillite. A la même date, A devait 836*l.* 8*s.* 9*d.* représentant divers montants dus aux sociétés désignées qui lui ont fourni des machines pour les travaux; et, par la suite, l'ingénieur a délivré en 1905, en vertu de la clause 54, deux ordres de payer à même les 1574*l.* 15*s.* 10*d.* la somme de 836*l.* 8*s.* 9*d.* aux sociétés en paiement de leurs comptes.

*Arrêt*: En présentant sa propre pétition de faillite, A «a retardé sans raison d'effectuer le paiement» aux sociétés qui ont fourni les machines, au sens de la clause 54.

*Arrêt*: Le pouvoir que cette clause confère à l'ingénieur n'a pas été annulé ou révoqué par la faillite de A; en vertu des deux ordres délivrés par l'ingénieur, les sociétés avaient droit au paiement de 836*l.* 8*s.* 9*d.* à même les 1574*l.* 15*s.* 10*d.* et avaient priorité sur la réclamation du syndic.

Le juge Bigham commente la clause 54 de la façon suivante [aux pp. 719 et 720]:

[TRADUCTION] A mon avis, cette clause est insérée au contrat à l'avantage non seulement des gens qui fournissent les machines, mais aussi à l'avantage du conseil lui-même. Il importe au plus haut point que le conseil s'assure que les contrats de ce genre qu'il conclut pour des travaux publics soient exécutés d'une manière qui satisfait toutes les personnes intéressées à leur exécution. Le conseil peut certes conclure des contrats de ce genre, et il le fait souvent, et de façon bien plus avantageuse lorsque les fournisseurs de machines ou de matériaux dont se sert l'entrepreneur dans l'exécution des travaux savent qu'ils ont de bonnes chances d'être payés. L'inser-

there is a reasonable probability that they will be paid. The council are enabled, by inserting a clause of this kind in their contract, to give a certain amount of confidence to people who supply goods to the contractor, and in that way they are placed in a better position when they come to make contracts again than they otherwise would be; and, therefore, I say that the clause is inserted, not only in the interests of the persons who supply goods to the contractor, but also in the interests of the council themselves. Now what is the meaning of the clause? I think it means that, if the persons supplying machinery to the contractor for the purpose of the contract are not promptly and properly paid by him, they can apply to the engineer, and then it shall be competent for the engineer to intervene and, by a proper certificate given in that behalf, to require the council to pay to the machinery firms the amount of their accounts directly—that is to say, not through the hands of the contractor at all, but the money is to be paid directly by the council to the machinery firms. That is the meaning of the clause.

As regards the applicability of the clause, the judge goes on to say:

It amounts to an authority given by the contractor—that is to say, by the bankrupt in this case—to the engineer representing the council to dispose of money, which would otherwise come to the bankrupt, in a certain way under certain circumstances. It is an authority which, in my opinion, it was not competent for the bankrupt to withdraw, and it was never contemplated he should withdraw it; and, indeed, it is not contended on behalf of the trustee that the authority was one that could be lawfully withdrawn. It is an authority, therefore, which the bankruptcy of the contractor did not annul.

The judge notes that the case concerns an authorization given by the contractor, the bankrupt, to the engineer, representing the Council, to dispose of monies normally due to the bankrupt, in a certain way under certain circumstances. This authorization could not be revoked by the bankrupt and it was never expected that he would be able to revoke it. Accordingly, the judge concluded, the authorization had not been cancelled by the bankruptcy.

The judge gave no reasons for his conclusion except to say that the authorization given by the contractor was irrevocable. With respect, I cannot subscribe to that conclusion. In my opinion, the real question is whether, after the bankruptcy, this

tion d'une clause de ce genre dans un contrat permet au conseil de donner une certaine confiance aux fournisseurs de l'entrepreneur, et il est ainsi en meilleure position lorsqu'il vient à contracter de nouveau. Par conséquent, je dis que la clause est insérée non seulement à l'avantage des fournisseurs de l'entrepreneur, mais aussi à l'avantage du conseil lui-même. Quelle est maintenant la signification de cette clause? Je crois qu'elle signifie que, si les personnes qui fournissent les machines à l'entrepreneur aux fins du contrat ne sont pas payées par lui rapidement et en entier, elles peuvent s'en remettre à l'ingénieur, et l'ingénieur peut alors intervenir et, au moyen d'un certificat valable délivré à cette fin, demander au conseil de payer directement aux sociétés qui fournissent les machines le montant de leurs comptes, c'est-à-dire sans passer par l'entrepreneur, mais que la somme soit payée directement par le conseil aux sociétés qui fournissent les machines. C'est là le sens de la clause.

Quant à l'applicabilité de la clause, le juge poursuit en ces termes:

[TRADUCTION] Cela équivaut à une autorisation donnée par l'entrepreneur—c'est-à-dire le failli en l'espèce—à l'ingénieur qui représente le conseil, de disposer de la somme qui serait normalement versée au failli, d'une certaine façon dans certaines circonstances. A mon avis, c'est une autorisation que le failli n'avait pas le pouvoir de révoquer, et on n'a jamais envisagé qu'il puisse la révoquer. De fait, on n'a jamais fait valoir au nom du syndic que cette autorisation puisse légalement être révoquée. Par conséquent, c'est une autorisation que la faillite de l'entrepreneur n'a pas annulée.

Il s'agit, dit le juge, d'une autorisation donnée par le contracteur, le failli en l'espèce, à l'ingénieur représentant le conseil, de disposer des sommes normalement dues au failli, d'une certaine façon dans certaines circonstances. Cette autorisation ne pouvait être révoquée par le failli et il n'a jamais été envisagé qu'il puisse la révoquer. Par conséquent, conclut le juge, cette autorisation n'a pas été annulée par la faillite.

Le juge ne motive pas sa conclusion autrement qu'en disant que l'autorisation donnée par l'entrepreneur était irrévocable. Avec égard, je ne puis souscrire à cette conclusion. A mon sens, la véritable question est celle de savoir si, après la faillite,

authorization, revocable or not, still applies so as to supersede the provisions of the *Bankruptcy Act*. I feel that this question must be answered in the negative.

In *Industries Saguenay Ltée v. Industries Couture Ltée*, [1973] C.A. 316, the Court of Appeal had to consider clauses 26 and 27 of the "General Terms and Conditions of the Contract" between the Government of Quebec and the general contractor:

[TRANSLATION] Clause 26. Requests for payment. The contractor shall submit to the architect a request in respect of each payment and, if required for a good reason, receipts or supporting documentation indicating the payments made by it for labour and materials, including materials on the site but not yet incorporated in the work, and payments made to subcontractors or in respect of any obligation to which it is subject and which, if not discharged by it, may devolve on the owner.

. . .

Clause 27. Certificates and payments. — If the contractor has made a request in the manner explained above, the architect shall, on the due date of each payment at the latest, issue to the contractor a certificate in accordance with clause III of the agreement, but such a certificate may provide for the holding back of sufficient amounts to protect the owner in respect of any privilege, and may be refused if the architect concludes that the payments owed to subcontractors have not been made.

Deschênes J.A., as he then was, made the following general observations in reasons concurred in by Lajoie J.A.:

[TRANSLATION] One cannot stress too strongly the importance of this matter for the construction industry, when it means contributing to the development of the public domain. A principal contractor and subcontractors are in that case deprived of the protection afforded them in the ordinary course of private business by the registration of a privilege on the immovable to which they have contributed. This is what the Supreme Court of Canada, affirming a judgment of this Court, held in *Concrete Column Clamps Limited v. The city of Quebec and la Compagnie de Construction de Québec Limitée*, [1940] S.C.R. 522. This Court restated the same principle in *Stanton Pipes (Canada) Ltd. v. Sylvain* et un *Autre* et la *Corporation municipale de la paroisse de Ste-Anne de la Pointe au Père*, [1966] Que. Q.B. 860.

cette autorisation, révocable ou non, vaut encore de façon à l'emporter sur les dispositions de la *Loi sur la faillite*. A cette question je crois que la réponse doit être négative.

Dans *Industries Saguenay Ltée v. Industries Couture Ltée*, [1973] C.A. 316, la Cour d'appel avait à examiner les articles 26 et 27 des «Conditions générales du contrat» entre le gouvernement du Québec et l'entrepreneur général:

Article 26. Demandes de paiement. L'entrepreneur devra soumettre à l'architecte une demande quant à chaque paiement et, s'il en est requis pour raison valable, les reçus ou pièces justificatives indiquant les paiements par lui effectués pour la main-d'œuvre et les matériaux, y compris les matériaux sur l'emplacement mais non encore incorporés dans les travaux, ainsi que les paiements versés aux sous-traitants ou relatifs à toute obligation qui lui incombe et qui, s'il ne s'en acquitte pas, peut retomber sur le propriétaire.

. . .

Article 27. Certificats et paiements. — Si l'entrepreneur a fait une demande de la façon exposée ci-dessus, l'architecte devra, à l'échéance de chaque paiement, au plus tard, délivrer à l'entrepreneur un certificat conforme à l'article III de la convention, mais ce certificat peut prévoir des retenues suffisantes pour protéger le propriétaire à l'égard de tout privilège, et peut être refusé si l'architecte tient pour établi que les paiements dus aux sous-traitants n'ont pas été réglés.

Le juge Deschênes, maintenant juge en chef de la Cour supérieure, dans ses motifs que le juge Lajoie fait siens, fait les observations générales suivantes:

On ne saurait surestimer l'importance de la question pour l'industrie de la construction, lorsqu'il s'agit de contribuer au développement du domaine public. En effet l'entrepreneur principal et les sous-contractants se trouvent alors démunis de la protection que leur accorde, dans le cours normal des affaires privées, l'enregistrement d'un privilège sur l'immeuble auquel ils ont contribué. C'est ce que décidait la Cour suprême du Canada, confirmant un jugement de notre cour, dans *Concrete Column Clamps Limited v. The city of Quebec et la Compagnie de Construction de Québec Limitée*, [1940] R.C.S. 522. Notre cour a réaffirmé la même doctrine dans *Stanton Pipes (Canada) Ltd. v. Sylvain* et un *Autre* et la *Corporation municipale de la paroisse de Ste-Anne de la Pointe au Père*, [1966] B.R. 860.

Doubtless in order to get around this situation, but without departing from the principle which places the public domain beyond the reach of a private privilege, the Crown inserted in its contract with Rivemont the provisions requiring Rivemont, for all practical purposes, to pay its subcontractors and suppliers before it could require payment by the government of the amounts stipulated in the contract.

In the normal course of things, this protection would undoubtedly be sufficient; but what happens when, as here, a subcontractor makes use of the Bankruptcy Act? Does the supplier of materials have any security, or will he be relegated to the position of an ordinary creditor and risk receiving only a part — here 25 % — of his debt, which, in private industry, would have benefited from the security subject to his privilege?

Saguenay maintained that its position was that of a secured creditor, and Couture disputed this. That is the question on which the Superior Court ruled against Saguenay.

Deschênes J.A. concluded, on the first part of the appellant's argument:

[TRANSLATION] In any case, even if Saguenay is given the benefit of the interpretation of the contract which is most favourable to its interests, there is so far as I know no legal provision—and appellant has referred the Court to none—which has the effect of creating any preferred right in favour of Saguenay against Couture. At most, the contract becomes a means by which Saguenay can pressure Couture to make speedy payment, and which Couture can in its turn use against Rivemont. However, each party's debt is not thereby improved or altered and the right of each creditor against his co-contractor remains a purely personal right.

*A fortiori*, then, there must be a negative answer to the question whether Saguenay became a secured creditor of Couture. Unquestionably, the contract at issue here never created in Saguenay's favour "a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against the property" of Couture, "as security" for any debt which Couture might owe Saguenay.

It must follow, therefore, that Saguenay does not fall within the first part of the definition of "secured creditor" in the Bankruptcy Act.

In *In re John East Co.* (1940), 21 C.B.R. 232, the Ontario Department of Highways in its contract reserved the following power in the event of a default by the general contractor:

Afin sans doute d'obvier à cette situation, sans toutefois déroger au principe qui met le domaine public à l'abri du privilège privé, la couronne a inséré dans son contrat d'entreprise avec Rivemont des stipulations obligeant Rivemont, à toutes fins pratiques, à payer ses sous-traitants et fournisseurs avant de pouvoir exiger paiement par le gouvernement des sommes stipulées au contrat.

Dans le cours normal des choses, cette protection s'avère sans doute suffisante. Mais qu'advient-il lorsque, comme ici, un sous-entrepreneur se prévaut de la Loi sur la faillite? Le fournisseur de matériaux possède-t-il une garantie quelconque, ou se verra-t-il reléguer au rang des créanciers ordinaires pour risquer de ne percevoir qu'une proportion—ici, 25%—de sa créance qui, dans l'industrie privée, aurait bénéficié de la garantie assujettie à son privilège?

Saguenay affirme posséder la qualité de créancier garanti, que Couture lui conteste. C'est la question que la Cour supérieure a résolue contre Saguenay.

Et le juge Deschênes conclut sur la première partie de l'argumentation de l'appelante:

De toute façon, même si l'on donne à Saguenay le bénéfice de l'interprétation du contrat qui lui soit la plus favorable, aucun texte de loi, que je sache—et l'appelante ne nous en a pas cité—ne créerait en conséquence un droit privilégié quelconque en faveur de Saguenay contre Couture. Tout au plus le contrat devient-il un instrument de pression dont Saguenay peut se servir pour hâter le paiement par Couture qui, à son tour, peut l'utiliser contre Rivemont. Mais la créance de chacun n'en est pas pour autant améliorée ni modifiée et le droit de chaque créancier lui demeure un droit purement personnel contre son cocontractant.

*A fortiori*, dès lors, doit-on conclure dans la négative quand on se demande si Saguenay était devenue créancier garanti de Couture. A coup sûr, le contrat d'entreprise dont il s'agit n'a jamais créé en faveur de Saguenay «un mortgage, une hypothèque, un nantissement, une charge, un gage ou un privilège sur ou contre les biens» de Couture, «à titre de garantie» de la dette éventuelle de Couture envers Saguenay.

Il faut donc conclure que Saguenay ne tombe pas dans le cadre de la première partie de la définition du «créancier garanti» dans la Loi sur la faillite.

Dans *In re John East Co.* (1940), 21 C.B.R. 232, par son contrat le Department of Highways de l'Ontario se réservait, au cas de défaut de l'entrepreneur général, le pouvoir suivant:

... it shall be lawful for the department to pay such workmen the amount that may be justly owing to them and the amount of any just accounts for material and for camp and equipment supplies so furnished, or work done or accounts for equipment rented, or accounts for freight incurred and accounts for all other materials and supplies furnished, or work done and charge the same against any moneys due or to grow due to the contractor.

Urquhart J. of the Supreme Court of Ontario said, *inter alia* [at p. 235]:

The clause does not obligate the department to do anything. It just provides that the department may retain from the money certain amounts until satisfactory evidence is furnished that liabilities have been discharged, and secondly if any workman or material man is unpaid that it shall be lawful for the department to pay the same and charge it against the contractor's moneys. There is no obligation on the department either to retain any money or if it does retain any money to pay the same to a contractor. Why this clause is inserted in the contract is difficult to understand. I presume that it is put in *ex abundanti cautela* because there is no privity between the department and the sub-contractors and the department is not under any obligation whatever to them.

He continued [at p. 236]:

It seems to me that the trustee is the proper person to receive these moneys and administer them. I do not think there is any authority on which I can safely say that there is an equitable assignment of the money in the hands of the Government and the proceeds of the settlement which is conceded by all parties to be a very good settlement.

The judge accordingly dismissed the request of several subcontractors and supplier of materials that the monies held by the government be paid to them instead of being handed over to the trustee.

In the case at bar, the supplier of materials Tuyaux Vibrés Inc. is a complete stranger to the clause linking the owner and the general contractor, and between the latter and the bankrupt subcontractor.

Clause 21 contains only an option which the owner reserved in the principal contract, and

[TRADUCTION] ... le ministère peut légitimement verser à ces travailleurs le juste montant qui peut leur être dû et le montant de tous comptes légitimes pour les matériaux, les approvisionnements de campement et l'équipement fournis, pour les travaux exécutés ou les comptes de location d'équipement, les comptes de frais de transport et les comptes de tous autres travaux exécutés ou pour tous autres matériaux et approvisionnements fournis, et en imputer le montant aux sommes dues ou à devoir à l'entrepreneur.

Le juge Urquhart de la Cour suprême de l'Ontario, écrit notamment [à la p. 235]:

[TRADUCTION] La clause n'oblige pas le ministère à faire quoi que ce soit. Elle prévoit seulement que le ministère peut retenir à même les sommes dues à l'entrepreneur certains montants jusqu'à ce que celui-ci ait fourni une preuve satisfaisante qu'il s'est acquitté de ses obligations, et deuxièmement, si un travailleur ou un fournisseur de matériaux n'a pas été payé, le ministère pourra légitimement le payer et en imputer le montant aux sommes dues à l'entrepreneur. Le ministère n'a aucunement l'obligation de retenir le montant ni, s'il le retient, de le verser à un entrepreneur. Il est difficile de comprendre pourquoi cette clause est insérée au contrat. Je suppose qu'elle y est incluse *ex abundanti cautela* puisqu'il n'y a pas de lien de droit entre le ministère et les sous-traitants, et le ministère n'a envers eux aucune obligation.

Plus loin, il écrit [à la p. 236]:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que le syndic est la personne à qui il appartient de recevoir ces sommes et de les administrer. Je ne crois pas qu'il y ait de précédents qui me permettent de dire à coup sûr qu'il y a en équité une cession, en faveur du gouvernement, des sommes et du produit de la transaction que toutes les parties reconnaissent comme une très bonne transaction.

Le juge rejette en conséquence la requête des divers sous-traitants et fournisseurs de matériaux qui demandaient que les sommes entre les mains du gouvernement leur soient payées plutôt que d'être remises au syndic.

En l'espèce, le fournisseur de matériaux Tuyaux Vibrés Inc. est totalement étranger à la clause intervenue entre le propriétaire et l'entrepreneur général et entre ce dernier et le sous-traitant failli.

La clause 21 ne comporte qu'une faculté que se réserve le propriétaire par le contrat principal, et

appellant in its sub-contract: no obligation has been created.

There is no contract of guarantee which presupposes a contractual relationship between appellant and Tuyaux Vibrés Inc. (*Civil Code*, art. 1028).

There is no stipulation for the benefit of a third person, which requires that an obligation be undertaken by the promisor, whereas here neither appellant nor Defence Construction (1951) Ltd. has undertaken any obligation (*Civil Code*, art. 1029).

There is no novation, which would require the participation of Tuyaux Vibrés Inc.: the latter is a stranger to the contracts between Defence Construction (1951) Ltd. and appellant and between the latter and Maçonnerie Montmorency Inc. (*Civil Code*, arts. 1169 *et seq.*).

There is no delegation of payment, which assumes an obligation undertaken by the new debtor (*Civil Code*, art. 1173).

Finally, there is no assignment of a debt by Maçonnerie Montmorency Inc. to Tuyaux Vibrés Inc. (*Civil Code*, art. 1570).

There is no legal connection between Tuyaux Vibrés Inc. and appellant, nor between Tuyaux Vibrés Inc. and Defence Construction (1951) Ltd. Tuyaux Vibrés Inc. could not enforce any claim against either one or the other.

Its only claim is against the bankrupt company, Maçonnerie Montmorency Inc.

Its claim is neither preferred nor secured. Appellant indeed is not arguing the contrary.

The payment made by appellant to Tuyaux Vibrés Inc. remains a payment made on behalf of the bankrupt company, which as of the date of the bankruptcy can make no further payments (*Bankruptcy Act*, s. 50(5)).

From the date of the bankruptcy also, the debt of Maçonnerie Montmorency Inc. against appellant passed into the hands of the trustee as part of the property of the bankrupt company, and only the trustee can obtain payment of it (*Bankruptcy Act*, ss. 47, 50).

l'appelante par son sous-contrat, sans cependant créer aucune obligation.

Il n'y a pas de contrat de porte-fort qui suppose un rapport contractuel entre l'appelante et Tuyaux Vibrés Inc. (*Code civil*, art. 1028).

Il n'y a pas de stipulation pour autrui qui suppose que le promettant s'oblige alors qu'ici l'appelante, pas plus que Construction de la Défense (1951) Ltée, ne s'est obligée (*Code civil*, art. 1029).

Il n'y a pas de novation qui suppose la participation de Tuyaux Vibrés Inc., laquelle est étrangère aux contrats entre Construction de la Défense (1951) Ltée et l'appelante et entre cette dernière et Maçonnerie Montmorency Inc. (*Code civil*, art. 1169 et suiv.).

Il n'y a pas de délégation de paiement qui suppose que le délégué s'oblige (*Code civil*, art. 1173).

Enfin, il n'y a pas non plus de cession de créance de Maçonnerie Montmorency Inc. à Tuyaux Vibrés Inc. (*Code civil*, art. 1570).

Il n'y a aucun lien de droit entre Tuyaux Vibrés Inc. et l'appelante, non plus qu'entre Tuyaux Vibrés Inc. et Construction de la Défense (1951) Ltée. Tuyaux Vibrés Inc. ne pouvait exercer aucune réclamation ni contre l'une, ni contre l'autre.

Sa seule réclamation est contre la compagnie en faillite, Maçonnerie Montmorency Inc.

Sa réclamation n'est ni privilégiée, ni garantie. L'appelante d'ailleurs ne prétend pas le contraire.

Le paiement fait par l'appelante à Tuyaux Vibrés Inc. demeure un paiement fait pour le compte de la compagnie en faillite qui pourtant, à compter de la faillite, ne peut plus faire aucun paiement (*Loi sur la faillite*, art. 50, par. 5).

A compter de la faillite également, la créance de Maçonnerie Montmorency Inc. contre l'appelante est passée aux mains du syndic comme faisant partie des biens de la compagnie en faillite et seul ce dernier peut en obtenir paiement (*Loi sur la faillite*, art. 47, 50).

It would be to disregard the *Bankruptcy Act* and deprive it of all meaning if the debtor of a bankrupt, instead of paying the trustee, were authorized, by contract or some other means, to pay one or other of the creditors of the bankrupt as he saw fit.

I adopt the conclusion of Montgomery J.A., speaking for the Court of Appeal:

> The above clause of the general conditions may be perfectly valid and effective where there is no question of bankruptcy. I cannot, however, agree with Appellant that it can supplant the provisions of the Bankruptcy Act and entitle one unsecured creditor to be paid by preference, which would almost necessarily operate to the detriment of the other unsecured creditors. I regard this as contrary to the policy of the Bankruptcy Act.

Under s. 112 of the *Bankruptcy Act*, "Subject to this Act, all claims proved in the bankruptcy shall be paid *pari passu*."

Tuyaux Vibrés Inc. was not a preferred creditor or a secured creditor, and had no claim to assert against appellant or against Defence Construction (1951) Ltd., which were under no obligation toward it: it therefore had to submit its claim to the trustee and be paid *pari passu* with the other claims proven in the bankruptcy.

One might query whether, instead of suing appellant, the trustee could not have claimed from Tuyaux Vibrés Inc. the monies paid to it, or whether appellant can now recover them. The Court is not required to answer these questions in this appeal. As it is, the payment made to Tuyaux Vibrés Inc. by appellant did not release the latter from its obligation to the trustee.

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Chait, Salomon, Gelber, Rein, Bronstein, Litvack, Echenberg & Lipper, Montreal.*

*Solicitors for the respondent trustee: Langlois, Drouin & Associés, Montreal.*

Ce serait faire peu de cas de la *Loi sur la faillite* et la vider de son sens si le débiteur d'un failli, au lieu de payer le syndic, était autorisé, le fut-il par contrat, à payer à l'un ou l'autre créancier du failli à son choix.

Je conclus comme le juge Montgomery, au nom de la Cour d'appel:

> [TRADUCTION] La clause ci-dessus des conditions générales peut être parfaitement valide et exécutoire lorsqu'il n'est pas question de faillite. Cependant, je ne puis souscrire à la prétention de l'appelante qu'elle écarte les dispositions de la Loi sur la faillite et qu'elle permet à un créancier non garanti d'être payé par préférence, ce qui irait presque nécessairement à l'encontre des autres créanciers non garantis. J'estime que ce serait contraire à l'esprit de la Loi sur la faillite.

Aux termes de l'art. 112 de la *Loi sur la faillite*: «Sauf les dispositions de la présente loi, toutes les réclamations établies dans la faillite doivent être acquittées *pari passu*.»

Tuyaux Vibrés Inc. n'étant pas un créancier privilégié, ni un créancier garanti et n'ayant aucune réclamation à faire valoir contre l'appelante non plus que contre Construction de la Défense (1951) Ltée qui ne se sont pas obligées envers elle, elle devait soumettre sa réclamation au syndic pour qu'elle soit acquittée *pari passu* avec les autres réclamations établies dans la faillite.

L'on peut se demander si le syndic n'aurait pas pu, au lieu de rechercher l'appelante, se faire remettre les sommes reçues par Tuyaux Vibrés Inc., ou s'il sera maintenant loisible à l'appelante de les répéter. Nous n'avons pas à répondre à ces questions dans ce pourvoi. Il reste que le paiement fait par l'appelante à Tuyaux Vibrés Inc. ne l'a pas libérée vis-à-vis du syndic.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Chait, Salomon, Gelber, Rein, Bronstein, Litvack, Echenberg & Lipper, Montréal.*

*Procureurs du syndic intimé: Langlois, Drouin & Associés, Montréal.*

**Fok Cheong Shing Investments Co. Ltd.** *Appellant*;

and

**The Bank of Nova Scotia** *Respondent.*

File No.: 16646.

1982: June 3; 1982: September 28.

Present: Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Bills of Exchange — Fictitious person — Endorsement of payee (a real person) forged by drawer — Drawer intending that payee not cash cheque — Whether payee a fictitious person — Whether bank liable — Bills of Exchange Act, R.S.C. 1970, c. B-5, ss. 21(5), 49(1).*

The president of the appellant's company, an authorized signer, made a cheque payable to one of the company's creditors. The drawer, however, never intended that the payee should benefit. He fraudulently endorsed the cheque and cashed it. The trial judge considered that the cheque was from the very outset not intended to be paid to the payee and deemed the cheque as made payable to a fictitious person—that is, payable to bearer in accordance with s. 21(5) of the *Bills of Exchange Act*. This judgment was affirmed by the Court of Appeal.

*Held*: The appeal should be dismissed.

The finding of fraudulent intent on the drawer's part in drawing the cheque made the payee of this cheque a fictitious person within the meaning of s. 21(5) of the Act. The payee's name was inserted by way of pretence only, without any intention that payment should be made in conformity therewith. The bank was therefore entitled to treat the cheque as payable to bearer and to charge it against the appellant's account. There was no negligence by the bank.

*Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107, applied.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario (1981), 123 D.L.R. (3d) 416, 32 O.R. (2d) 705, affirming a judgment of Hughes J. (1979), 123 D.L.R. (3d) 416, 32 O.R. (2d) 705, dismissing appellant's action. Appeal dismissed.

**Fok Cheong Shing Investments Co. Ltd.** *Appelante*;

et

**La Banque de Nouvelle-Écosse** *Intimée.*

N° du greffe: 16646.

1982: 3 juin; 1982: 28 septembre.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Lettres de change — Personne fictive — Endossement de la preneuse (une personne réelle) contrefait par le tireur — L'intention du tireur était que la preneuse n'encaisse pas le chèque — La preneuse est-elle une personne fictive? — La banque est-elle responsable? — Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1970, chap. B-5, art. 21(5), 49(1).*

Le président et signataire autorisé de la société appelante a tiré un chèque payable à l'un des créanciers de celle-ci. Il n'a toutefois jamais été l'intention du tireur d'en faire bénéficier la preneuse. Il a frauduleusement endossé le chèque et l'a encaissé. Le juge de première instance a estimé que, dès le début, l'intention était que le chèque ne soit pas payé à la preneuse, et qu'il s'agissait d'un chèque payable à une personne fictive — c'est-à-dire, payable au porteur conformément au par. 21(5) de la *Loi sur les lettres de change*. Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

Etant donné la conclusion d'intention frauduleuse de la part du tireur lorsqu'il a tiré le chèque, la preneuse est une personne fictive au sens du par. 21(5) de la Loi. Le nom inscrit comme celui de la preneuse n'était qu'un simulacre et il n'y avait aucune intention que le paiement soit fait à celle-ci. La banque était donc en droit de considérer le chèque comme payable au porteur et de débiter le compte de l'appelante du montant y figurant. La banque n'a pas été négligente.

Jurisprudence: arrêt appliqué: *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 123 D.L.R. (3d) 416, 32 O.R. (2d) 705, qui a confirmé le jugement du juge Hughes (1979), 123 D.L.R. (3d) 416, 32 O.R. (2d) 705, rejetant l'action de l'appelante. Pourvoi rejeté.

*Alvin B. Rosenberg, Q.C.*, and *Mary G. Critelli*, for the appellant.

*F. J. C. Newbould, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—In my opinion, having regard to the concurrent findings of fact made at trial and on appeal in this case, the present appeal must proceed on the basis that the $20,000 cheque drawn by Chan who was the president of the appellant company upon whose account the cheque was drawn at the respondent bank, was never intended by the drawer to be paid to the payee Looing Weir and that he fraudently endorsed the cheque in her name so that when cashed by the bank the proceeds were paid to him personally.

It is contended on behalf of the appellant that under the provisions of s. 49 (1) of the *Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1970, c. B-5, the admittedly forged endorsement rendered the cheque wholly inoperative so that the bank was not entitled to charge the $20,000 to the account of the appellant. Section 49(1) reads as follows:

**49.** (1) Subject to this Act, where a signature on a bill is forged, or placed thereon without the authority of the person whose signature it purports to be, the forged or unauthorized signature is wholly inoperative, and no right to retain the bill or to give a discharge therefor or to enforce payment thereof against any party thereto can be acquired through or under that signature, unless the party against whom it is sought to retain or enforce payment of the bill is precluded from setting up the forgery or want of authority.

This section must be read in light of the terms of s. 21(5) of the same statute which provides:

(5) Where the payee is a fictitious or non-existing person, the bill may be treated as payable to bearer.

It was the appellant's contention that as the payee in the present case was a real person who in fact gave evidence at the trial and to whom the appellant company was indeed indebted, she could not be characterized as "a fictitious or non-

*Alvin B. Rosenberg, c.r.*, et *Mary G. Critelli*, pour l'appelante.

*F. J. C. Newbould, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE RITCHIE—Vu les conclusions de fait concordantes tirées en l'espèce en première instance et en appel, j'estime qu'aux fins de ce pourvoi, il faut tenir pour établi d'une part, que lorsque Chan, le président de la société appelante, a tiré le chèque de $20,000 sur le compte de celle-ci à la banque intimée, il n'avait nullement l'intention que ce montant soit payé à la preneuse Looing Weir et, d'autre part qu'il a frauduleusement endossé le chèque du nom de la preneuse de sorte que, quand la banque l'a changé, le montant lui a été versé personnellement.

On fait valoir au nom de l'appelante qu'aux termes du par. 49(1) de la *Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1970, chap. B-5, cet endossement, incontestablement contrefait, enlevait tout effet au chèque et que la banque n'avait donc pas le droit de débiter le compte de l'appelante des $20,000. Voici le texte du par. 49(1):

**49.** (1) Sous réserve de la présente loi, lorsqu'une signature sur une lettre de change est contrefaite ou y est apposée sans l'autorisation de la personne dont elle paraît être la signature, la signature contrefaite ou non autorisée n'a aucun effet, et aucun droit de garder la lettre, d'en donner libération ou d'en exiger le paiement de qui que ce soit qui y est devenu partie, ne peut être acquis à cause ou en vertu de cette signature, sauf si celui de qui l'on veut détenir la lettre ou en exiger le paiement n'est pas admis à établir le faux ou l'absence d'autorisation.

Il faut lire ce paragraphe dans le contexte du par. 21(5) de la même loi, qui dispose:

(5) Lorsque le preneur est une personne fictive ou qui n'existe pas, la lettre de change peut être considérée comme payable au porteur.

Selon l'argument de l'appelante, comme la preneuse en l'espèce est une personne réelle qui a en fait témoigné au procès et dont la société appelante est effectivement la débitrice, on ne saurait la qualifier de «personne fictive ou qui n'existe pas»

existing person" within the meaning of s. 21(5) *supra*.

It was, however, the view of the learned trial judge, which was fully adopted by the Court of Appeal, that the cheque in question was from the very outset intended not to be cashed by the payee but rather that it should through a cleverly designed forgery be so negotiated as to be payable to the drawer himself. It is obvious that the question of whether or not the payee is to be treated as a fictitious person lies at the very heart of this appeal and in my opinion this is to be determined in accordance with the reasoning expressed by Lord Herschell in *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107 at p. 153 where he said:

> For the reasons with which I have troubled your Lordships at some length, I have arrived at the conclusion that, whenever the name inserted as that of the payee is so inserted by way of pretence merely, without any intention that payment shall only be made in conformity therewith, the payee is a fictitious person within the meaning of the statute, whether the name be that of an existing person, or of one who has no existence, and that the bill may, in each case, be treated by a lawful holder as payable to bearer.

In my opinion this passage accurately expresses the effect of the accepted authorities and I agree with the Court of Appeal that the finding of fraudulent intent on the part of Chan in drawing the instrument in question makes the payee of this cheque a fictitious person within the meaning of the authorities, (see also the third illustration cited in *Falconbridge on Banking and Bills of Exchange*, 7th ed., 1969, at p. 486), and the bank was accordingly entitled to treat the cheque as payable to bearer and therefore to treat it as chargeable against the account of the appellant.

A further issue was raised by the appellant on this appeal to the effect that negligence on the part of the bank was responsible for the cheque having been cashed as it was and that this element deprived the respondent of the right to invoke the protection of s. 21(5) of the *Bills of Exchange Act*.

It is pointed out by the respondent that negligence was not pleaded against it nor was any

au sens du par. 21(5) précité.

Le savant juge de première instance a toutefois estimé, et la Cour d'appel a abondé dans son sens, que dès le début l'intention était que le chèque en cause ne soit pas encaissé par la preneuse, mais qu'au moyen d'un faux astucieux, il soit négocié de manière à être payable au tireur lui-même. Il est évident que la question de savoir si la preneuse doit être considérée comme une personne fictive constitue le coeur même de ce pourvoi et, à mon avis, elle est à trancher suivant le raisonnement de lord Herschell dans l'arrêt *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107, à la p. 153, où il dit:

> [TRADUCTION] Pour les motifs que j'ai exposés assez longuement à Vos Seigneuries, je suis arrivé à la conclusion que, premièrement, chaque fois que le nom inscrit comme le nom du preneur n'est qu'un simulacre et qu'il n'y a aucune intention de payer uniquement le preneur nommé, celui-ci est une personne fictive au sens de la loi, peu importe que le nom soit celui d'une personne qui existe ou d'une personne qui n'existe pas, et deuxièmement, que dans l'un et l'autre cas, un détenteur légitime peut considérer la lettre de change comme payable au porteur.

Selon moi, ce passage exprime avec exactitude le sens de la jurisprudence applicable et je suis d'accord avec la Cour d'appel qu'étant donné la conclusion d'intention frauduleuse de la part de Chan lorsqu'il a tiré l'effet en cause, la preneuse de celui-ci est une personne fictive au sens de la jurisprudence (voir aussi le troisième exemple cité dans l'ouvrage de Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange*, 7e éd., 1969, à la p. 486), et que la banque était donc en droit de considérer le chèque comme payable au porteur et, en conséquence, de débiter le compte de l'appelante du montant y figurant.

Au cours du pourvoi, l'appelante a soulevé un point subsidiaire, savoir que si le chèque a été encaissé, c'est par suite de la négligence de la banque intimée, de sorte que cette dernière a perdu le droit d'invoquer la protection du par. 21(5) de la *Loi sur les lettres de change*.

L'intimée fait remarquer que l'on n'a pas allégué négligence de sa part ni présenté au cours du

evidence led at the trial to support the allegation and certainly there was no finding of fact of negligence by the trial judge. As to this contention, it appears to me to be sufficient to say that if any negligence could be attributed to the respondent in cashing this cheque in the circumstances of the present case it must be recognized that the bank acted throughout in accordance with a situation which was created exclusively by the deliberate and fraudulent forgery perpetrated by the appellant company through its president and signing officer, Mr. Chan, which forgery was expressly designed to induce the bank to honour a cheque which the plaintiff knew to be worthless. In my opinion there is no evidence to justify a finding of negligence but if I thought otherwise I would be satisfied that the plaintiff's fraud was such a controlling factor in causing the cheque to be created, presented and cashed that no action can lie at the suit of the plaintiff based on any actions of the respondent.

For the reasons so fully stated by the learned trial judge which have been affirmed by the Court of Appeal, I would dismiss this appeal with costs. I can see no overriding error in the judgment of the trial judge which affected his assessment of the facts and I see nothing to justify this Court in substituting its assessment of the balance of probabilities for the findings which he has made and which have been affirmed on appeal.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Rosenberg, Smith, Paton & Hyman, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Tilley, Carson & Findlay, Toronto.*

procès de preuve à l'appui de pareille allégation, et il est clair que le premier juge n'a pas conclu à la négligence. Quant à cet argument, il suffit, à mon avis, de dire que, si l'on peut imputer à l'intimée une négligence du fait d'avoir changé ce chèque dans les circonstances de la présente espèce, il faut reconnaître que la banque a agi en tout temps dans le contexte d'une situation née exclusivement du faux volontaire et frauduleux qu'a perpétré la société appelante par l'intermédiaire de M. Chan, son président et fondé de signature, dans l'intention expresse d'inciter la banque à honorer un chèque que la demanderesse savait sans valeur. A mon avis, aucun élément de preuve ne justifie une conclusion de négligence, mais si j'étais d'avis contraire, je serais convaincu que le chèque a été tiré, présenté et changé surtout par suite de la fraude de la demanderesse, à telle enseigne que celle-ci ne peut intenter une action fondée sur les actes de l'intimée.

Pour les motifs que le savant juge de première instance a énoncés de façon si complète et que la Cour d'appel a confirmés, je suis d'avis de rejeter ce pourvoi avec dépens. Je ne vois pas dans le jugement du premier juge d'erreur à ce point flagrante qu'elle a eu une incidence sur son appréciation des faits et je ne vois rien non plus qui justifie que cette Cour substitue sa propre appréciation selon la prépondérance des probabilités aux conclusions du premier juge confirmées en appel.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Rosenberg, Smith, Paton & Hyman, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée: Tilley, Carson & Findlay, Toronto.*

**Walter Petersen** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

File No.: 16288.

1982: February 16; 1982: September 28.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Criminal law — Autrefois acquit — Identical informations — First informations dismissed by provincial court judge — Whether or not trial judge trying the indictment on the second informations erred in dismissing the plea of autrefois acquit — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2, 234(1), 235(2), 440.1, 535(4), 720, 721(2), 734, 735(1), 736(3), 738(1),(3),(4), 739 — The Provincial Court Act, R.S.S. 1978 (Supp.), c. P-30.1, ss. 3, 4.*

A provincial court judge dismissed two informations under Part XXIV of the *Code* on an erroneous finding that he had lost jurisdiction. The Crown without appealing the dismissal commenced proceedings by indictment in the identical terms of the informations. A plea of *autrefois acquit* was refused.

*Held*: The appeal should be allowed.

The provincial court judge, in deciding that he lacked jurisdiction, simply made an error in law in the disposition of the case which was properly before him and within his jurisdiction. The appellant was put in jeopardy, and the summary conviction court dismissed the informations thus giving the appellant a determination of the issue that could be raised in bar of any later proceedings on the same charge. The judge's order, even if made in error, must stand until rescinded, quashed or reversed on appeal. It was in force and effect when the plea of *autrefois acquit* was raised and should have received effect. The Crown could have appealed or have sought relief by prerogative proceedings, but it could not simply conclude that the summary conviction court's order was *ex facie* a nullity and ignore it by commencing new proceedings.

**Walter Petersen** *Appelant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

N° du greffe: 16288.

1982: 16 février; 1982: 28 septembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Droit criminel — Autrefois acquit — Dénonciations identiques — Premières dénonciations rejetées par le juge de la cour provinciale — Le juge du procès chargé de l'instruction de l'acte d'accusation fondé sur les deuxièmes dénonciations a-t-il erré en rejetant le plaidoyer d'autrefois acquit? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 2, 234(1), 235(2), 440.1, 535(4), 720, 721(2), 734, 735(1), 736(3), 738(1),(3),(4), 739 — The Provincial Court Act, R.S.S. 1978 (Supp.), chap. P-30.1, art. 3, 4.*

Un juge de la cour provinciale, ayant conclu à tort qu'il avait perdu compétence, a rejeté deux dénonciations en vertu de la Partie XXIV du *Code*. Le ministère public, sans interjeter appel contre le rejet, a intenté des poursuites par un acte d'accusation dont la formulation est identique à celle des dénonciations. Un plaidoyer d'autrefois acquit a été rejeté.

*Arrêt*: Le pourvoi est accueilli.

En décidant qu'il n'avait pas compétence, le juge de la cour provinciale a simplement commis une erreur de droit quant à la façon de trancher l'affaire dont il était légitimement saisi et qui relevait de sa compétence. L'appelant a été mis en péril et la cour des poursuites sommaires a rejeté les dénonciations, ce qui constitue pour l'appelant une décision susceptible d'être invoquée à titre de fin de non-recevoir à l'égard de toute poursuite ultérieure relative à la même accusation. L'ordonnance du juge, même si elle est erronée, demeure valide jusqu'à ce qu'elle soit rescindée, annulée ou infirmée en appel. Elle avait force exécutoire au moment où la défense d'autrefois acquit a été invoquée et on aurait dû agir en conséquence. Le ministère public aurait pu interjeter appel ou exercer un recours par voie de bref de prérogative, mais il ne pouvait simplement conclure que l'ordonnance de la cour des poursuites sommaires était nulle *ex facie* ni ne pouvait passer outre à cette ordonnance en engageant de nouvelles poursuites.

*R. v. Riddle*, [1980] 1 S.C.R. 380, discussed; *R. v. Elrington* (1861), 1 B. & S. 688, 121 E.R. 870; *R. v. Miles* (1890), 24 Q.B. 423; *R. v. Hilton* (1895), 59 J.P. 778; *Batchelor v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 988; *Re Thompson and The Queen* (1978), 38 C.C.C. (2d) 498; *Haynes v. Davis*, [1915] 1 K.B. 332; *R. v. Hatherley* (1971), 4 C.C.C. (2d) 242; *R. v. Blair and Karashowsky* (1975), 25 C.C.C. (2d) 47; *R. v. Day* (1980), 37 N.S.R. (2d) 193, referred to.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1980), 4 Sask. R. 357, allowing the Crown's appeal from a judgment of MacLean D.C.J. acquitting the accused. Appeal allowed.

*David C. Woods* and *Henry S. Brown*, for the appellant.

*Kenneth MacKay*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal raises questions relating to the plea of *autrefois acquit* where the Crown has commenced proceedings by indictment after the dismissal of informations in identical terms by a provincial court judge under Part XXIV of the *Criminal Code*.

The appellant was charged with impaired driving, under s. 234(1) of the *Criminal Code*, and with a refusal to comply with a demand made by a police officer to furnish a sample of his breath, under s. 235(2) of the *Code*. The offences were alleged to have occurred on July 4, 1978 and were the subject of two separate informations sworn on July 31, 1978. The Crown elected to proceed by way of summary conviction on August 3, 1978 and the proceedings were adjourned until September 7, 1978. On that date the appellant appeared and entered pleas of not guilty to each charge and the proceedings were adjourned until October 27, 1978. On October 26, 1978 an adjournment was made setting the trial date at December 15, 1978 and a further adjournment was later made to January 11, 1979. On all of these occasions the accused was represented by counsel and the adjournments were made at his request.

Jurisprudence: arrêt analysé: *R. c. Riddle*, [1980] 1 R.C.S. 380; arrêts mentionnés: *R. v. Elrington* (1861), 1 B. & S. 688, 121 E.R. 870; *R. v. Miles* (1890), 24 Q.B. 423; *R. v. Hilton* (1895), 59 J.P. 778; *Batchelor c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 988; *Re Thompson and The Queen* (1978), 38 C.C.C. (2d) 498; *Haynes v. Davis*, [1915] 1 K.B. 332; *R. v. Hatherley* (1971), 4 C.C.C. (2d) 242; *R. v. Blair and Karashowsky* (1975), 25 C.C.C. (2d) 47; *R. v. Day* (1980), 37 N.S.R. (2d) 193.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1980), 4 Sask. R. 357, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre le jugement par lequel le juge MacLean de la Cour de district a acquitté l'accusé. Pourvoi accueilli.

*David C. Woods* et *Henry S. Brown*, pour l'appelant.

*Kenneth MacKay*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi met en cause le plaidoyer d'autrefois acquit lorsque le ministère public a introduit des poursuites par acte d'accusation après le rejet, par un juge de la cour provinciale en vertu de la Partie XXIV du *Code criminel*, de dénonciations dont la formulation est identique à celle de l'acte d'accusation.

L'appelant est accusé en vertu du par. 234(1) du *Code criminel* d'avoir conduit alors que ses facultés étaient affaiblies et, en vertu du par. 235(2) du *Code*, d'avoir refusé d'obtempérer à une sommation faite par un policier de fournir un échantillon de son haleine. Les infractions, qui auraient été commises le 4 juillet 1978, ont fait l'objet de deux dénonciations distinctes déposées sous serment le 31 juillet 1978. Le 3 août 1978, le ministère public a choisi de procéder par voie sommaire et les procédures ont été ajournées au 7 septembre 1978. A cette date l'appelant a comparu et a nié sa culpabilité relativement à chaque accusation et les procédures ont été ajournées au 27 octobre 1978. Le 26 octobre 1978 la date du procès a été fixée au 15 décembre 1978, mais il y a eu par la suite un nouvel ajournement, cette fois-ci au 11 janvier 1979. En chacune de ces occasions, l'accusé était représenté par un avocat et c'est à la demande de ce dernier qu'il y a eu ajournement.

While it is difficult to decipher the endorsements on the reverse side of the informations, it appears that the adjournment of October 26, 1978 was made by consent, and that the information alleging impaired driving was adjourned by consent on December 15, 1978. On January 11, 1979, the provincial court judge dismissed both informations without hearing evidence on the basis that he lacked jurisdiction, it not having been shown that the appellant had consented to the various adjournments which had exceeded eight days. He was, presumably, considering s. 738(1) of the *Criminal Code*, which provides:

**738.** (1) The summary conviction court may, in its discretion, before or during the trial, adjourn the trial to a time and place to be appointed and stated in the presence of the parties or their counsels or agents, but no such adjournment shall be for more than eight clear days unless both parties or their counsel or agents consent to the proposed adjournment whether or not the defendant is in custody.

The judge issued certificates of dismissal covering each information, certifying that the informations had been dismissed for want of jurisdiction. It is not entirely clear when the certificates were issued. They are certified as true copies and are dated the 2nd and 3rd of March, 1981, long after the plea of *autrefois acquit* was raised. I have mentioned these certificates to complete the record, but little emphasis was given to them in argument and they form no significant part of the appellant's case. I will not deal with them further, other than to say that they form part of the record and confirm, if confirmation is needed, that the reason given for the dismissals was a want of jurisdiction.

On January 15, 1979, some four days after the dismissals, two new informations were sworn in identical terms, relying on the same circumstances as the earlier ones. The Crown elected to proceed on the new informations by indictment because the limitation period of six months, provided for in s. 721(2) of the *Criminal Code*, had elapsed. Separate preliminary hearings were held in respect of each information, but on committal for trial following the preliminary hearings the two charges were included in one indictment. On November 15, 1979, prior to trial, the appellant appeared

Bien que les mentions inscrites au dos des dénonciations soient difficilement déchiffrables, l'ajournement du 26 octobre 1978 paraît avoir eu lieu avec l'accord des parties et il paraît en être de même de l'ajournement du 15 décembre 1978 relativement à la dénonciation de conduite avec facultés affaiblies. Le 11 janvier 1979, le juge de la cour provinciale a rejeté les deux dénonciations sans entendre de témoignage pour le motif qu'il n'avait pas compétence, puisqu'on n'avait pas établi que l'appelant avait consenti aux différents ajournements de plus de huit jours. Il s'est probablement fondé sur le par. 738(1) du *Code criminel* dont voici le texte:

**738.** (1) La cour des poursuites sommaires peut, à sa discrétion, ajourner un procès, même en cours, et le faire tenir aux date et lieu déterminés en présence des parties et leurs avocats ou représentants respectifs mais nul ajournement de ce genre ne doit être de plus de huit jours francs à moins d'accord de ces derniers, que le détenu soit sous garde ou non.

Le juge a délivré à l'égard de chaque dénonciation des certificats de rejet attestant qu'il avait rejeté les dénonciations pour défaut de compétence. On ne connaît pas exactement la date de délivrance des certificats. Il s'agit de copies certifiées conformes datées des 2 et 3 mars 1981, bien après que la défense d'autrefois acquit a été invoquée. Je mentionne ces certificats pour que le dossier soit complet, mais on ne leur a accordé que peu d'importance au cours des débats et ils ne constituent pas une partie essentielle de la preuve de l'appelant. J'ajoute seulement à leur sujet qu'ils font partie du dossier et confirment, si besoin il y a, que les rejets sont motivés par un défaut de compétence.

Le 15 janvier 1979, quelque quatre jours après les rejets, il y a eu dépôt sous serment de deux nouvelles dénonciations fondées sur les mêmes circonstances que les deux premières et de formulation identique. Le ministère public a choisi de procéder par acte d'accusation relativement aux nouvelles dénonciations parce que la période de prescription de six mois prévue au par. 721(2) du *Code criminel* était écoulée. Une enquête préliminaire distincte a été tenue à l'égard de chaque dénonciation, mais lors du renvoi à procès intervenu après les enquêtes préliminaires, on a inclus

before MacLean D.C.J. and made a plea of *autrefois acquit* to each charge in the indictment. The judge rejected the plea and on December 13, 1979 directed the appellant to enter pleas to the charges in accordance with the provisions of s. 535(4) of the *Criminal Code*. The indictment was tried before MacLean D.C.J. and judgment given on March 24, 1980. The appellant was acquitted on the refusal count, under s. 235(2) of the *Code*, and the Crown entered a stay on the impaired driving count.

The Crown's appeal against the acquittal on the refusal to supply a breath sample charge was allowed, a conviction entered, and the matter referred back to the trial judge for sentence. Beyond saying that "the learned trial judge found all of the essential facts necessary to found a conviction", Culliton C.J.S., who wrote the judgment of the Saskatchewan Court of Appeal, made no mention of the disposal of the plea of *autrefois acquit* and it is not clear whether the matter was canvassed in that Court. The appeal in this Court turned largely on that argument and the result is that this appeal has become, in effect, an appeal against the pre-trial decision refusing the plea of *autrefois acquit*.

The appellant advanced four grounds of appeal in this Court. In my view, only the first ground requires any consideration. It asserts that the trial judge erred in failing to give effect to the plea of *autrefois acquit* and, presumably, that the Court of Appeal was in error in not correcting him. Counsel for the appellant argued that the provincial court judge who dismissed the two original informations was in error when he held that he was without jurisdiction. He had jurisdiction to proceed to trial and his decision to the contrary amounted to an error in law. It led, nonetheless, to a disposition of the case, a dismissal of each information, and while that decision might have

les deux accusations dans un seul acte d'accusation. Le 15 novembre 1979, avant le procès, l'appelant a comparu devant le juge MacLean de la Cour de district et a présenté un plaidoyer d'autrefois acquit relativement à chaque inculpation de l'acte d'accusation. Le juge a rejeté ce plaidoyer et, le 13 décembre 1979, a ordonné à l'appelant de présenter des plaidoyers à l'égard des accusations conformément au par. 535(4) du *Code criminel*. Le procès sur l'acte d'accusation s'est tenu devant le juge MacLean qui a rendu son jugement le 24 mars 1980. L'appelant a été acquitté relativement au chef de refus d'obtempérer fondé sur le par. 235(2) du *Code* et le ministère public a inscrit une suspension des procédures pour la conduite avec facultés affaiblies.

L'appel du ministère public contre l'acquittement relatif à l'accusation d'avoir refusé de fournir un échantillon d'haleine a été accueilli, une déclaration de culpabilité inscrite et l'affaire renvoyée au juge du procès pour qu'il prononce la sentence. Le juge en chef Culliton, qui a rédigé l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan, a dit que [TRADUCTION] «le savant juge du procès a conclu que tous les faits nécessaires pour fonder une déclaration de culpabilité étaient présents», mais il ne parle pas du rejet du plaidoyer d'autrefois acquit et il n'est pas certain que la Cour d'appel ait étudié la question. Le pourvoi en cette Cour porte en grande partie sur ce plaidoyer et il s'agit donc en réalité d'un pourvoi contre la décision antérieure au procès, de rejeter le plaidoyer d'autrefois acquit.

L'appelant invoque quatre moyens d'appel en cette Cour. A mon avis, seul le premier mérite notre attention. Selon ce moyen, le juge du procès a commis une erreur en ne retenant pas le plaidoyer d'autrefois acquit et, doit-on supposer, que la Cour d'appel a commis une erreur en ne corrigeant pas celle du juge du procès. L'avocat de l'appelant a fait valoir que c'est à tort que le juge de la Cour provinciale, qui a rejeté les deux premières dénonciations, a conclu qu'il n'avait pas compétence. En fait, il avait compétence pour tenir un procès et sa décision contraire équivaut à une erreur de droit. Malgré cela, l'affaire a été tranchée, par le rejet des deux dénonciations, et bien

been reviewable on appeal, or subject to attack by prerogative writ, it constituted a trial on the merits and it would stand until lawfully set aside.

The Crown argued that the provincial court judge, acting under Part XXIV of the *Criminal Code*, had jurisdiction to dismiss an information only under ss. 734, 735(1), 736(3), 738(3) and (4), and s. 739. Only under those sections, none of which was invoked here, could the court grant an order of dismissal under s. 743(1), that is, one which would be effective to bar subsequent proceedings. His action then was ineffective to dismiss the informations and permit the issue of certificates of dismissal, or to support a plea of *autrefois acquit*.

MacLean D.C.J. seems to have refused the plea of *autrefois acquit* on the basis that the judgment of the provincial court judge, dismissing the informations, was not an adjudication or judgment resulting in an acquittal. He seems to have accepted the provincial court judge's finding of an absence of jurisdiction when he said:

> To paraphrase Latchford, C.J. was the dismissal by Judge King an adjudication or judgment resulting in an acquittal? I think not. In my view, Judge King in dismissing the information decided that he was without jurisdiction to hear the informations due to a procedural error in granting an adjournment of over eight days without the accused's consent appearing on the record. In my opinion, a judge who is without jurisdiction cannot make an adjudication upon a case. If a judge cannot make an adjudication, the accused was not in jeopardy and if he was not in jeopardy, he cannot successfully plead *autrefois acquit*.

In my view, MacLean D.C.J. failed to address the real issue. He accepted the provincial court judge's finding of an absence of jurisdiction and then seems to have concluded that any order he made was a nullity. Instead, he should have asked himself whether the provincial court judge had jurisdiction and, if he had, irrespective of the correctness of any finding made on that subject by the provincial court judge, whether the order of

que cette décision ait pu être portée en appel ou contestée par un bref de prérogative, il s'agit d'un procès sur le fond et la décision demeure valide jusqu'à ce qu'elle soit légalement infirmée.

Le ministère public fait valoir qu'un juge de la cour provinciale agissant en vertu de la Partie XXIV du *Code criminel*, ne peut se fonder que sur l'art. 734, les par. 735(1), 736(3), 738(3) et (4), et sur l'art. 739 pour rejeter une dénonciation. Seules ces dispositions, dont aucune n'est invoquée en l'espèce, habilitent la cour à rendre une ordonnance de rejet en vertu du par. 743(1), c'est-à-dire une ordonnance qui constituerait une fin de non-recevoir à l'égard de toute procédure subséquente. Il s'ensuit que son action n'emporte pas rejet des dénonciations, ne permet pas la délivrance de certificats de rejet et ne justifie pas un plaidoyer d'autrefois acquit.

Le juge MacLean semble avoir rejeté le plaidoyer d'autrefois acquit pour le motif que le jugement du juge de la cour provinciale, qui a rejeté les dénonciations, ne constitue pas une décision ou un jugement d'acquittement. Il semble retenir la conclusion de défaut de compétence qu'a tirée le juge de la cour provinciale lorsqu'il dit:

> [TRADUCTION] Pour paraphraser le juge en chef Latchford, le rejet ordonné par le juge King constitue-t-il une décision ou un jugement d'acquittement? Je ne le crois pas. A mon avis, lorsque le juge King a rejeté les dénonciations, il a décidé qu'il n'avait pas compétence pour les entendre en raison d'une erreur de procédure qui consistait à accorder un ajournement de plus de huit jours sans que l'accord de l'accusé figure au dossier. Selon moi, un juge qui n'a pas compétence ne peut juger une affaire. Si le juge n'a pu juger l'affaire, l'accusé n'était pas en péril et, s'il n'était pas en péril, il ne saurait invoquer avec succès la défense d'autrefois acquit.

A mon avis, le juge MacLean ne s'est pas posé la bonne question. Ayant retenu la conclusion de défaut de compétence qu'a tirée le juge de la Cour provinciale, il semble alors avoir conclu à la nullité de toute ordonnance rendue par ce dernier. Il aurait dû en réalité se demander si le juge de la cour provinciale avait compétence et, dans l'affirmative, indépendamment du bien-fondé de toute conclusion du juge de la cour provinciale à cet

that court was effective to dismiss the informations.

The whole question in issue in this appeal was recently canvassed in this Court in *R. v. Riddle*, [1980] 1 S.C.R. 380. Dickson J., speaking for the Court, examined the authorities and concluded that the provisions of s. 743 of the *Criminal Code*, providing for the issue by the summary conviction court of a certificate of dismissal to a person acquitted of a summary conviction offence, do not deprive that person of the benefit of the special plea of *autrefois acquit*. It was open then to the appellant to raise this plea before the commencement of his trial on the indictment and it follows that had that plea been successful, the proceedings on the indictment would have been brought to an end.

While, in *Riddle*, the accused pleaded the fact of his acquittal on summary proceedings as a bar to subsequent proceedings of the same nature, the result would not have differed if the later proceedings had been, as in the case at bar, by way of indictment. Conviction or acquittal of an offence on summary proceedings will bar further proceedings on the same charge by indictment: see Spencer Bower on *Res Judicata* (1924), at pp. 35-36, where it was said:

> **49.** In foregoing portions of this Chapter, incidental illustrations have been given of the conclusiveness of decisions of a court of summary jurisdiction in the exercise of auxiliary civil or quasi-civil authority conferred by statute or otherwise, and also of decisions as to wrongful acts of both a civil and a criminal complexion, such as assault, trespass, and defamation of certain kinds.
>
> **50.** It is no less true that purely criminal decisions have the same effect, and cannot be called in question in any subsequent proceeding, whether criminal or civil, to which the King is a party, in respect of the same offence. Thus, the decision of a criminal court having jurisdiction to deal with indictable offences is conclusive in any court of the like jurisdiction, and, *a fortiori*, in any court of summary jurisdiction; whilst the decision of

égard, si l'ordonnance de cette cour-là emportait rejet des dénonciations.

Dans l'arrêt récent *R. c. Riddle*, [1980] 1 R.C.S. 380, cette Cour a étudié toute la question en litige ici. Le juge Dickson, au nom de la Cour, a examiné la jurisprudence et a conclu que l'art. 743 du *Code criminel*, qui prévoit la délivrance par la cour des poursuites sommaires d'un certificat de rejet à une personne qui a été acquittée d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, n'empêche pas cette personne de se prévaloir du moyen de défense spécial d'autrefois acquit. L'appelant avait donc la possibilité d'invoquer ce moyen avant l'ouverture de son procès sur l'acte d'accusation et il s'ensuit que si ce moyen avait été retenu, cela aurait mis fin à la poursuite par acte d'accusation.

Bien que dans l'affaire *Riddle*, l'accusé ait invoqué son acquittement intervenu à l'issue de poursuites sommaires comme fin de non-recevoir à l'égard de poursuites subséquentes de même nature, le résultat n'aurait pas été différent si ces poursuites subséquentes avaient été, comme c'est le cas en l'espèce, des poursuites par acte d'accusation. Une déclaration de culpabilité ou un acquittement à l'issue de procédures sommaires constitue une fin de non-recevoir à l'égard de toute autre poursuite par acte d'accusation relativement à la même inculpation: voir l'ouvrage de Spencer Bower, *Res Judicata* (1924), aux pp. 35 et 36, où l'on trouve ce qui suit:

> [TRADUCTION] **49.** Précédemment dans le présent chapitre, on trouve accessoirement des illustrations du caractère définitif d'une part des décisions d'une cour de juridiction sommaire lorsqu'elle exerce le pouvoir accessoire, civil ou quasi civil, que lui confère une loi ou tout autre texte législatif et, d'autre part, des décisions relatives à des actes illicites d'aspect à la fois civil et criminel tels que des voies de fait, une intrusion illicite et certains types de diffamation.
>
> **50.** Il n'en est pas moins vrai que les décisions purement criminelles ont le même effet et ne peuvent être contestées au cours d'une procédure subséquente, criminelle ou civile, qui se rapporte à la même infraction et à laquelle le Roi est une partie. Ainsi, la décision d'une cour de juridiction criminelle ayant compétence en matière d'actes criminels est définitive devant toute autre cour de juridiction identique, et, à plus forte

a court of summary jurisdiction is conclusive, not only in any similar court, but also in any court of superior criminal jurisdiction, that is, in any court having authority to deal with indictable offences.

In support of this proposition the author cited *R. v. Elrington* (1861), 1 B. & S. 688, 121 E.R. 870, where an acquittal before Justices of the Peace on a charge of assault was held to bar subsequent proceedings by indictment for an assault with aggravating circumstances, but concerning the same event. Other cases which have adopted this view include *R. v. Miles* (1890), 24 Q.B. 423, where a conviction for assault by a court of summary jurisdiction barred an indictment for the same assault. At page 433, Hawkins J. said:

After a summary conviction or dismissal of a charge upon which they have lawfully adjudicated, evidence may be discovered which would probably have induced them to come to an opposite conclusion. Yet, as in the case of an acquittal or conviction upon an indictment, their acquittal or conviction upon complaint within their jurisdiction is equally final, and their decisions upon matters within their jurisdiction cannot, as I have already shewn, be altered by presenting the same charge in the shape of an indictment before a jury in an aggravated form.

And see, as well, *R. v. Hilton* (1895), 59 J.P. 778.

Dickson J. dealt, as well, in *Riddle* with the nature of the plea of *autrefois acquit* and with the term "trial on the merits" as it applies to the plea and to the application of the *bis vexari* principle. I need not repeat in detail what he said, but I can summarize the effect of his words and the authorities on which they are based by saying that a plea of *autrefois acquit* is available and should succeed where an accused shows that he was placed in jeopardy on the same matter on an earlier occasion before a court of competent jurisdiction, and that

raison, devant toute cour de juridiction sommaire; quant à la décision d'une cour de juridiction sommaire, elle est définitive non seulement devant une cour de même nature, mais aussi devant toute cour de juridiction criminelle supérieure, c'est-à-dire, devant toute cour ayant compétence en matière d'actes criminels.

A l'appui de cette proposition l'auteur cite la décision *R. v. Elrington* (1861), 1 B. & S. 688, 121 E.R. 870, où l'on a conclu qu'un acquittement devant des juges de paix sur une accusation de voies de fait constitue une fin de non-recevoir à toutes poursuites subséquentes par acte d'accusation pour des voies de fait avec circonstances aggravantes, mais se rapportant au même événement. Ce point de vue a été adopté dans d'autres arrêts, notamment *R. v. Miles* (1890), 24 Q.B. 423, où la déclaration de culpabilité de voies de fait prononcée par une cour de juridiction sommaire a constitué une fin de non-recevoir à l'égard d'un acte d'accusation relatif aux mêmes voies de fait. A la page 433, le juge Hawkins dit:

[TRADUCTION] Après une déclaration sommaire de culpabilité ou le rejet d'une accusation sur laquelle ils ont légalement statué, il est possible qu'on découvre des éléments de preuve qui les auraient probablement amenés à tirer la conclusion contraire. Néanmoins, comme dans le cas d'un acquittement ou d'une déclaration de culpabilité relativement à un acte d'accusation, l'acquittement ou le verdict de culpabilité qu'ils peuvent prononcer par suite d'une plainte qui relève de leur compétence est tout aussi définitif et, comme je l'ai déjà indiqué, on ne saurait modifier leurs décisions sur des questions qui relèvent de leur compétence en présentant à un jury par voie d'acte d'accusation la même inculpation sous une forme aggravée.

Voir aussi l'affaire *R. v. Hilton* (1895), 59 J.P. 778.

Dans l'arrêt *Riddle*, le juge Dickson s'est également arrêté à la nature du plaidoyer d'autrefois acquit et à l'expression «procès sur le fond» dans la mesure où elle s'applique à ce plaidoyer et au principe de *bis vexari*. Je n'ai pas à répéter en détail ce qu'il a dit; je peux résumer la portée de ses propos et de la jurisprudence sur laquelle ils se fondent en disant qu'un accusé peut invoquer avec succès le moyen de défense d'autrefois acquit chaque fois qu'il établit que cette même question l'a antérieurement mis en péril devant une cour

there was a disposition in his favour resulting in an acquittal or dismissal of the charges. The question for decision in this case then is whether the proceedings before the provincial court had that effect. Was the court a court of competent jurisdiction? Was the appellant placed in jeopardy before that court, and did his trial commence and proceed to a final disposition of the charges by dismissal or acquittal?

The record does not make apparent how the judge reached the decision that he had no jurisdiction. He had assumed jurisdiction; heard the informations read; taken pleas of not guilty; ordered several adjournments; and fixed a date for trial before he reached his conclusion. It has not been suggested at any time that he lacked jurisdiction to hear the matters raised in the informations when they were presented. The provisions of ss. 720 and 2 of the *Criminal Code*, together with ss. 3 and 4 of *The Provincial Court Act*, R.S.S. 1978 (Supp.), c. P-30.1, clearly cover the point. Furthermore, any loss of jurisdiction which could have occurred prior to the enactment of s. 440.1 of the *Criminal Code* would now be prevented. The section is reproduced hereunder:

**440.1** (1) The validity of any proceeding before a court, judge, magistrate or justice is not affected by any failure to comply with the provisions of this Act relating to adjournments or remands, and where such failure has occurred and an accused or a defendant does not appear at any such proceeding or upon any adjournment thereof, the court, judge, magistrate or justice may issue a summons or, if it or he considers it necessary in the public interest, a warrant for the arrest of the accused or defendant.

(2) Where, in the opinion of the court, judge, magistrate or justice, an accused or a defendant who appears at a proceeding has been misled or prejudiced by reason of any matter referred to in subsection (1), the court, judge, magistrate or justice may adjourn the proceeding and may make such order as it or he considers proper.

(3) The provisions of Part XIV apply *mutatis mutandis* where a summons or warrant is issued under subsection (1).

The effect of this section was noted by Laskin C.J.C. in *Batchelor v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 988, at p. 991. I would add that I am in agreement with Tallis J. (as he then was) in *Re Thompson*

compétente et que celle-ci a rendu en sa faveur une décision d'acquittement ou de rejet des accusations. La question en l'espèce est donc de savoir si les procédures devant la cour provinciale ont eu cet effet. La cour provinciale avait-elle compétence? L'appelant a-t-il été mis en péril devant cette cour-là et y a-t-il eu un procès qui a abouti à une décision définitive de rejet des accusations ou d'acquittement?

Le dossier ne révèle pas comment le juge est arrivé à conclure qu'il n'avait pas compétence. Avant d'en arriver à sa conclusion, il avait assumé compétence, entendu la lecture des dénonciations, reçu des dénégations de culpabilité, ordonné plusieurs ajournements et fixé la date du procès. On n'a jamais allégué qu'il n'avait pas compétence pour entendre les questions soulevées dans les dénonciations quand elles ont été déposées. Il est clair que les dispositions des art. 720 et 2 du *Code criminel* ainsi que les art. 3 et 4 de *The Provincial Court Act*, R.S.S. 1978 (Supp.), chap. P-30.1, s'appliquent à cette question. De plus, même s'il avait pu y avoir perte de compétence avant l'adoption de l'art. 440.1 du *Code criminel*, ce n'est plus le cas. Voici le texte de cet article:

**440.1** (1) La validité des procédures intentées devant une cour, un juge, un magistrat ou un juge de paix n'est pas altérée du fait d'un défaut de se conformer aux dispositions de la présente loi en matière d'ajournement ou de renvoi et si en cas d'une telle faute, le prévenu ou le défendeur ne comparaissent pas ou lors de tout ajournement de celui-ci, la cour, le juge, le magistrat ou le juge de paix peuvent délivrer une sommation ou, s'ils le jugent nécessaire dans l'intérêt public, un mandat d'arrestation visant le prévenu ou le défendeur.

(2) Si la cour, le juge, le magistrat ou le juge de paix estiment qu'un prévenu ou un défendeur qui comparaît a été trompé ou lésé en raison de l'une des fautes visées au paragraphe (1), ils peuvent ajourner les procédures et rendre l'ordonnance qu'ils jugent à propos.

(3) Les dispositions de la Partie XIV s'appliquent *mutatis mutandis* lorsque sommations ou mandats sont délivrés conformément au paragraphe (1).

Le juge en chef Laskin a souligné l'effet de cet article dans l'arrêt *Batchelor c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 988, à la p. 991. J'ajouterais que je partage l'avis du juge Tallis (tel était alors son titre) qui,

*and The Queen* (1978), 38 C.C.C. (2d) 498, where he held that s. 440.1 of the *Code* applied both to summary proceedings and proceedings by indictment.

I am therefore of the opinion that the provincial court judge was seized with jurisdiction to hear the informations from the outset and he never lost it and was, therefore, a court of competent jurisdiction. It should be noted here, however, that the Crown did not appeal his order of dismissal, nor did it seek to attack it by means of a prerogative proceeding.

I am also of the opinion that the appellant was placed in jeopardy and that his trial commenced upon the informations. He had pleaded not guilty and he stood prepared to meet the Crown's case. In *Riddle*, the Crown's case was dismissed because the Crown, despite the refusal of an adjournment and the Court's direction that the trial proceed, declined to call evidence. There was accordingly no case for the accused to meet and the acquittal resulted. In that case Dickson J. said, at p. 398:

> In my view, a criminal trial commences and an accused is normally in jeopardy from the moment issue is joined before a judge having jurisdiction and the prosecution is called upon to present its case in court. The person accused continues in jeopardy until final determination of the matter by rendering of the verdict.

I do not consider that Dickson J. imposed by those words a requirement that some direct invitation must be issued to the Crown to call evidence before it could be said that the issue had been joined and the accused placed in jeopardy. The authorities he relied upon in his reasons support the proposition that once a plea is entered before a court of competent jurisdiction the accused is in jeopardy. Where that court proceeds to a determination, in the nature of an acquittal or dismissal, proceedings on new informations raising the same allegations will be barred: *Haynes v. Davis*, [1915] 1 K.B. 332; *R. v. Hatherley* (1971), 4 C.C.C. (2d) 242; *R. v. Blair and Karashowsky* (1975), 25 C.C.C. (2d) 47; *R. v. Day* (1980), 37 N.S.R. (2d) 193; and other authorities referred to in *Riddle, supra*.

dans *Re Thompson and The Queen* (1978), 38 C.C.C. (2d) 498, a jugé que l'art. 440.1 du *Code* s'applique à la fois aux poursuites sommaires et aux poursuites par acte d'accusation.

Je suis donc d'avis que dès le début, le juge de la cour provinciale avait compétence pour entendre les dénonciations, qu'il n'a jamais perdu cette compétence et qu'il constituait en conséquence une cour compétente. Il est cependant à noter ici que le ministère public n'a pas interjeté appel de l'ordonnance de rejet ni n'a essayé de la contester au moyen d'un bref de prérogative.

Je suis également d'avis que l'appelant a été mis en péril et que son procès a commencé dès les dénonciations. Il avait nié sa culpabilité et était prêt à répondre à la preuve du ministère public. Dans l'affaire *Riddle*, il y a eu rejet de la poursuite parce que, malgré le refus d'ajournement et la directive de la Cour de continuer le procès, le ministère public n'a pas présenté de preuve. Il n'y avait donc pas de preuve à laquelle l'accusé devait répondre, d'où l'acquittement. Dans cet arrêt le juge Dickson dit à la p. 398:

> A mon avis, un procès criminel commence et un accusé est normalement en péril lorsque la cause est en état devant un juge compétent et que la poursuite est appelée à présenter sa preuve à la cour. L'accusé est en péril tant que l'affaire n'est pas décidée par le prononcé du verdict.

A mon sens, le juge Dickson n'impose pas par ces mots que l'on invite directement le ministère public à présenter sa preuve avant qu'on puisse dire que la cause est en état et que l'accusé a été mis en péril. Suivant la jurisprudence sur laquelle il s'est fondé dans ses motifs, dès l'inscription d'un plaidoyer devant une cour compétente, l'accusé est en péril. Lorsque cette cour arrive à une décision, sous forme d'acquittement ou de rejet, cela constitue une fin de non-recevoir à l'égard de toute poursuite sur de nouvelles dénonciations contenant les mêmes allégations: *Haynes v. Davis*, [1915] 1 K.B. 332; *R. v. Hatherley* (1971), 4 C.C.C. (2d) 242; *R. v. Blair and Karashowsky* (1975), 25 C.C.C. (2d) 47; *R. v. Day* (1980), 37 N.S.R. (2d) 193 et d'autres décisions mentionnées dans l'affaire *Riddle*, précitée.

I am in agreement with Dickson J. when, referring to the question of "trial on the merits", he said, at p. 399, in the *Riddle* case:

> The term "on the merits" does nothing to further the test for the application of the *bis vexari* maxim. There is no basis, in the *Code* or in the common law, for any super-added requirement that there must be a trial "on the merits". That phrase merely serves to emphasize the general requirement that the previous dismissal must have been made by a court of competent jurisdiction, whose proceedings were free from jurisdictional error and which rendered judgment on the charge.

In my view, when he concluded his comment, above quoted, with the words "whose proceedings were free from jurisdictional error", he was not referring to such an error as was present here where the provincial court judge decided, in error, that he had no jurisdiction. The jurisdictional error contemplated in Dickson J.'s expression is one which leads the court to exceed its jurisdiction by exercising, or purporting to exercise, a jurisdiction it does not possess. The provincial court judge in the case at bar, in deciding he lacked jurisdiction, simply made an error in law in the disposition of the case which was properly before him and within his jurisdiction.

In the facts of this case I am of the view that the appellant was put in jeopardy, and the summary conviction court dismissed the informations thus giving the appellant such a determination of the issue that it could be raised in bar of any later proceedings on the same charge. The fact that the provincial court judge may have made an error in law in dismissing the informations does not alter the situation. He made an order. Assuming, as I do, that his order was wrong, it nonetheless disposed of the informations. Such an order, though voidable, must stand, however, until it is rescinded, quashed, or reversed on appeal. It was therefore in force and effect when the plea of *autrefois acquit* was raised and it should have received effect. This is not to say the Crown was left without remedy in the face of judicial error. The Crown could have appealed; it might have had the right to relief by prerogative proceedings, but it could not simply conclude that the summary conviction court's order was *ex facie* a nullity and ignore it by

Je suis d'accord avec le juge Dickson qui, relativement à la question d'un «procès sur le fond», a dit à la p. 399 dans l'affaire *Riddle*:

> L'expression «sur le fond» n'ajoute rien au critère d'application de la maxime *bis vexari*. Rien dans le *Code* ou dans la *common law* ne justifie l'exigence additionnelle qu'il doit y avoir eu un procès «sur le fond». Cette expression sert simplement à faire ressortir l'exigence générale que le rejet antérieur doit avoir été prononcé par une cour compétente dont les procédures n'étaient pas entachées d'excès de compétence et qui a rendu jugement sur l'accusation.

A mon avis, lorsqu'il conclut ses remarques ci-dessus par les mots «dont les procédures n'étaient pas entachées d'excès de compétence», il ne visait pas une erreur comme celle dont il s'agit en l'espèce où le juge de la cour provinciale a décidé, à tort, qu'il n'avait pas compétence. L'expression utilisée par le juge Dickson vise plutôt une erreur de compétence qui amène la cour à excéder sa compétence par l'exercice, réel ou apparent, d'une compétence qu'elle ne possède pas. Le juge de la cour provinciale en l'espèce, en décidant qu'il n'avait pas compétence, a simplement commis une erreur de droit quant à la façon de trancher l'affaire dont il était à bon droit saisi et qui relevait de sa compétence.

Vu les faits en l'espèce, je suis d'avis que l'appelant a été mis en péril et que la cour des poursuites sommaires a rejeté les dénonciations, décision que l'appelant peut invoquer à titre de fin de non-recevoir à l'égard de toute poursuite ultérieure relative à la même accusation. Le fait que le juge de la cour provinciale ait pu commettre une erreur de droit en rejetant les dénonciations ne change rien à la situation. Il a rendu une ordonnance. A supposer, comme je le fais, que son ordonnance est erronée, elle n'en constitue pas moins une décision à l'égard des dénonciations. Cette ordonnance, quoique annulable, demeure toutefois valide jusqu'à ce qu'elle soit rescindée, annulée ou infirmée en appel. Elle avait donc force exécutoire au moment où on a invoqué la défense d'autrefois acquit et on aurait dû lui donner effet. Cela ne veut pas dire que le ministère public est laissé sans recours face à une erreur judiciaire. Le ministère public aurait pu interjeter appel; il aurait pu avoir droit à un recours par voie de bref de prérogative,

commencing new proceedings. By this approach, the Crown has foregone its remedy and a plea of *autrefois acquit* should have succeeded. I would allow the appeal.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Clarence W. Vause, Swift Current.*

*Solicitor for the respondent: C. Richard Quinney, Regina.*

mais il ne pouvait simplement conclure que l'ordonnance de la cour des poursuites sommaires était nulle *ex facie* et y passer outre en intentant de nouvelles poursuites. En agissant de la sorte, le ministère public a renoncé à son recours et on aurait dû faire droit au plaidoyer d'autrefois acquit. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelant: Clarence W. Vause, Swift Current.*

*Procureur de l'intimée: C. Richard Quinney, Regina.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*;

and

**Melford Developments Inc.** *Respondent.*

File No.: 16482.

1982: June 1; 1982: September 28.

Present: Ritchie, Estey, McIntyre, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Taxation — Income tax — Guarantee fees — Non-resident — Withholding tax — International Tax Convention — Domestic Tax Law — Conflict — Whether guarantee fees paid to non-resident bank subject to taxation — Whether the Income Tax can override the provisions of the tax treaty — Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63 as amended, ss. 212(1)(b), 214(15)(a) — Canada-Germany Income Tax Agreement Act, 1956 (Can.), c. 33, s. 3 — Canada-Germany Tax Convention, Articles II(2), III(1), (5).*

Appellant seeks to recover withholding tax on a payment made by the respondent to a German bank which had no permanent establishment in Canada. The payment was made as a fee payable to the foreign bank for guaranteeing respondent's loan made by a Canadian bank. The issue here is whether the addition in 1974 of s. 214(15)(*a*) of the *Income Tax Act* deeming payments by way of guarantee fees to be payment of interest amended the provisions of the *Canada-Germany Tax Agreement Act, 1956* so as to expose the respondent to the burden of withholding tax when making payment of the guarantee fees to the non-resident guarantor.

*Held*: The appeal should be dismissed.

The guarantee fees were not "interest', within the terms of the Canada-Germany Tax Convention. The *Canada-Germany Income Tax Agreement Act, 1956*, being the legislative adoption of the international tax Agreement, had not been amended by the income tax amendment of 1974. There is no doubt that the effect of s. 3 of the 1956 Act was to make the operation of any other law of Parliament, including the *Income Tax Act*, subject to the terms of the 1956 Act and the incorporation Agreement. The guarantee fees were consequently not taxable as Article III(1) of the Agreement did not

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*;

et

**Melford Developments Inc.** *Intimée.*

N° du greffe: 16482.

1982: 1er juin; 1982: 28 septembre.

Présents: Les juges Ritchie, Estey, McIntyre, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Frais de garantie — Personne non résidante — Retenue d'impôt — Convention fiscale internationale — Législation fiscale interne — Incompatibilité — Les frais de garantie payés à une banque non résidante sont-ils assujettis à l'impôt? — Les dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu peuvent-elles prévaloir sur celles de la convention fiscale? — Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63 et modifications, art. 212(1)b), 214(15)a) — Loi de 1956 sur un accord entre le Canada et l'Allemagne en matière d'impôt sur le revenu, 1956 (Can.), chap. 33, art. 3 — Convention fiscale entre le Canada et la République fédérale d'Allemagne, articles II(2), III(1), (5).*

L'appelante cherche à recouvrer la retenue d'impôt à l'égard d'un paiement que l'intimée a fait à une banque allemande qui ne possède pas d'établissement stable au Canada. Ce paiement a été fait à titre de frais payables à la banque étrangère pour garantir un prêt fait par une banque canadienne à l'intimée. La question en l'espèce est de savoir si l'adoption en 1974 de l'al. 214(15)*a*) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui assimile à un paiement d'intérêt les paiements à titre de frais de garantie, a modifié les dispositions de la *Loi de 1956 sur un accord entre le Canada et l'Allemagne en matière d'impôt sur le revenu* de façon à faire assumer à l'intimée le fardeau de la retenue d'impôt lorsqu'elle verse le paiement des frais de garantie au garant non résidant.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

Les droits de garantie ne constituent pas des «intérêts» au sens de la Convention fiscale entre le Canada et la République fédérale d'Allemagne. La *Loi de 1956 sur un accord entre le Canada et l'Allemagne en matière d'impôt sur le revenu*, qui adopte l'accord international relatif à l'impôt, n'a pas été modifiée par les modifications de 1974 apportées au droit fiscal. Il est indubitable que l'art. 3 de la Loi de 1956 a pour effet d'assujettir l'application de toute autre loi du Parlement, y compris la *Loi de l'impôt sur le revenu*, aux termes de la Loi de 1956 et de l'accord qu'elle consacre. Par conséquent, les

authorize the taxation of commercial profits of a non-resident where those profits were not earned through a permanent establishment in Canada.

*Re: Farm Security Act*, [1947] S.C.R. 394; *Bennett and White Construction Co. v. Minister of National Revenue*, [1949] S.C.R. 287; *Associates Corporation of North America v. The Queen*, [1980] 2 F.C. 377 affirmed [1980] 2 F.C. 382; *Inland Revenue Commissioners v. Collco Dealings Ltd.*, [1962] A.C. 1; *Woodend (K.V. Ceylon) Rubber and Tea Co. v. Commissioner of Inland Revenue*, [1971] A.C. 321, referred to.

APPEAL for a judgment of the Federal Court of Appeal (1981), 36 N.R. 9, [1981] 2 F.C. 627, [1981] C.T.C. 30, affirming a judgment of the Trial Division, [1980] 2 F.C. 713, [1980] C.T.C. 141. Appeal dismissed.

*John R. Power, Q.C.*, and *Jane Meagher*, for the appellant.

*John R. Dingle*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—This appeal raises for settlement the principles applicable to the interpretation of domestic tax law and international tax conventions where their provisions are said to be competing. The appellant seeks to recover under the *Income Tax Act*, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 1, as amended, withholding tax on a payment made by the respondent to a resident in Germany. The parties agree that the recipient of the payment does not carry on business in Canada and that the susceptibility to taxation of the payments in question depends entirely upon the application of Part XIII of the *Income Tax Act*, *supra*, relating to the taxation of non-residents and the Canada-Germany Tax Convention brought into the laws of this country by statute: The *Canada-Germany Income Tax Agreement Act, 1956*, 1956 (Can.), c. 33.

The payment in question was made by the respondent as a fee payable for the delivery by the

frais de garantie ne sont pas imposables puisque l'article III(1) de la Convention ne permet pas d'imposer les bénéfices commerciaux d'une personne non résidante lorsque ces bénéfices n'ont pas été produits par l'intermédiaire d'un établissement stable situé au Canada.

Jurisprudence: *Re: Farm Security Act*, [1947] R.C.S. 394; *Bennett and White Construction Co. c. Minister of National Revenue*, [1949] R.C.S. 287; *Associates Corporation of North America c. La Reine*, [1980] 2 C.F. 377 confirmé par [1980] 2 C.F. 382; *Inland Revenue Commissioners v. Collco Dealings Ltd.*, [1962] A.C. 1; *Woodend (K.V. Ceylon) Rubber and Tea Co. v. Commissioner of Inland Revenue*, [1971] A.C. 321.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1981), 36 N.R. 9, [1981] 2 C.F. 627, [1981] C.T.C. 30, qui a confirmé un jugement de la Division de première instance, [1980] 2 C.F. 713, [1980] C.T.C. 141. Pourvoi rejeté.

*John R. Power, c.r.*, et *Jane Meagher*, pour l'appelante.

*John R. Dingle*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—Le présent pourvoi porte sur les principes applicables à l'interprétation du droit fiscal interne et des conventions internationales en matière fiscale dont on allègue l'incompatibilité. L'appelante cherche à recouvrer en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 1 et modifications, la retenue de l'impôt à l'égard d'un paiement que l'intimée a fait à une personne résidant en Allemagne. Les parties admettent que la bénéficiaire du paiement n'exploite aucune entreprise au Canada et que l'assujettissement des paiements en question à l'impôt dépend entièrement de l'application de la Partie XIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, concernant l'imposition des personnes non résidantes et de la convention fiscale entre le Canada et la République fédérale d'Allemagne mise en vigueur par la *Loi de 1956 sur un accord entre le Canada et l'Allemagne en matière d'impôt sur le revenu*, 1956 (Can.), chap. 33.

L'intimée a fait le paiement en question à titre de frais pour la garantie consentie par la bénéfi-

non-resident recipient, a German bank, of its guaranty to the Bank of Nova Scotia for a loan by that bank to the respondent. The fee was calculated on the basis of one per cent per annum of the principal of the loan by the bank to the respondent. The appellant submits that this payment is properly subjected to withholding tax by reason of ss. 212(1)(*b*) and 214(15)*a*) found in Part XIII of the *Income Tax Act* where provision is made for the taxation of non-residents. It is the view of the appellant that the payment in question is, for the purposes of the *Income Tax Act*, "interest". These provisions in the *Income Tax Act* are as follows:

PART XIII

**212.** (1) Every non-resident person shall pay an income tax of 25% on every amount that a person resident in Canada pays or credits, or is deemed by Part I to pay or credit, to him as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of,

. . .

(*b*) interest except . . .

Section 214(15)

(15) For the purposes of this Part,

(*a*) where a non-resident person has entered into an agreement under the terms of which he agrees to guarantee the repayment, in whole or in part, of the principal amount of a bond, debenture, bill, note, mortgage, hypothec or similar obligation of a person resident in Canada, any amount paid or credited as consideration for the guarantee shall be deemed to be a payment of interest on that obligation;

(Added by 1974-75-76 (Can.), c. 26, s. 119(2)).

The respondent takes the view that whatever the *Income Tax Act* may provide, it cannot override the provisions of the tax treaty and, more particularly, the provisions of the Canadian statute introducing the tax treaty to the domestic law of Canada. Section 3 of that Act (which section alone in that statute relates to the issues arising on this appeal) provides as follows:

**3.** In the event of any inconsistency between the provisions of this Act, or the Agreement, and the operation of any other law, the provisions of this Act and the Agreement prevail to the extent of the inconsistency.

ciaire non résidante, une banque allemande, à la Banque de Nouvelle-Écosse pour un prêt que cette banque a consenti à l'intimée. Le montant des frais représentait un pour cent l'an du principal du prêt consenti par la banque à l'intimée. L'appelante fait valoir que ce paiement est assujetti à la retenue d'impôt en raison des al. 212(1)*b*) et 214(15)*a*) de la Partie XIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui renferme les dispositions relatives à l'imposition des personnes non résidantes. Selon l'appelante, le paiement en question est un paiement d'«intérêts» aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Ces dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* se lisent comme suit:

PARTIE XIII

**212.** (1) Toute personne non résidante doit payer un impôt sur le revenu de 25 % sur toute somme qu'une personne résidant au Canada lui paie ou porte à son crédit, ou est réputée en vertu de la Partie I lui payer ou porter à son crédit, au titre ou en paiement intégral ou partiel

. . .

*b*) d'intérêts, sauf . . .

Paragraphe 214(15)

(15) Aux fins de la présente Partie,

*a*) lorsqu'une personne non résidante a conclu une entente aux termes de laquelle elle consent à garantir le remboursement, en tout ou en partie, du principal d'une obligation, d'un billet, d'un *mortgage*, d'une hypothèque ou d'un titre semblable d'une personne résidant au Canada, toute somme versée ou créditée en contrepartie de la garantie est réputée être un paiement d'intérêt sur cette obligation;

(Ajouté par 1974-75-76 (Can.), chap. 26, par. 119(2)).

L'intimée fait valoir que quelles que soient les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, celles-ci ne peuvent prévaloir sur les dispositions de la convention en matière d'impôt et, en particulier, sur celles de la loi canadienne qui met cette convention en vigueur au Canada. L'article 3 de cette loi (le seul qui porte sur la question en litige en l'espèce) se lit ainsi:

**3.** En cas d'incompatibilité entre les dispositions de la présente loi ou de l'accord et l'application de toute autre loi, les dispositions de la présente loi et de l'accord l'emportent dans la mesure de cette incompatibilité.

By Article III(1) the contracting countries, Germany and Canada, agreed that industrial or commercial profits of an enterprise in Germany would not be subject to tax in Canada unless it carried on business in Canada through a permanent establishment here. Subsection (5) of Article III on the other hand excludes from such immunity income derived from within Canada by a German resident where the income arises, for example, from "dividends[,] interest, rents or royalties". Article II(2) of the Convention provides that undefined terms in the Convention shall take the meaning which they have in the laws in force in the contracting countries. These provisions in the treaty it is convenient to set out in full, and they are as follows:

Article III

(1) The industrial or commercial profits of an enterprise of one of the territories shall not be subject to tax in the other territory unless the enterprise carries on a trade or business in the other territory through a permanent establishment situated therein. If it carries on a trade or business in that other territory through a permanent establishment situated therein, tax may be imposed on those profits in the other territory but only on so much of them as is attributable to that permanent establishment.

. . .

(5) Paragraphs (1) and (2) shall not be construed as preventing one of the contracting States from imposing pursuant to this Convention a tax on income (e.g. dividends[,] interest, rents or royalties) derived from sources within its territory by a resident of the other territory if such income is not attributable to a permanent establishment in the first-mentioned territory.

Article II

(2) In the application of the provisions of this Convention by one of the contracting States any term not otherwise defined in this Convention shall, unless the context otherwise requires, have the meaning which it has under the laws in force in the territory of that State relating to the taxes which are the subject of this Convention.

It will be seen from the combined effect of these provisions that Parliament in 1974, when s. 214(15) was introduced into the *Income Tax Act*, sought to extend withholding tax, theretofore

En vertu du par. (1) de l'article III, les pays contractants, l'Allemagne et le Canada, sont convenus que les bénéfices industriels ou commerciaux d'une entreprise en Allemagne ne sont pas assujettis à l'impôt au Canada à moins qu'elle exerce une entreprise au Canada par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé. Par contre, le par. (5) de l'article III permet d'imposer un revenu qu'une personne résidant en Allemagne tire de source canadienne lorsque le revenu provient, par exemple, de «dividendes, intérêts, droits de location ou redevances». Le paragraphe (2) de l'article II de la Convention prévoit que les termes ou les expressions que la Convention ne définit pas ont le sens que leur attribuent les lois en vigueur dans les pays contractants. J'estime utile de reproduire ces dispositions du traité qui se lisent comme suit:

Article III

1. Les bénéfices industriels ou commerciaux d'une entreprise de l'un des territoires ne sont soumis à l'impôt de l'autre territoire que si l'entreprise exerce une activité commerciale ou industrielle dans celui-ci par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé. Si l'entreprise exerce une activité commerciale ou industrielle dans l'autre territoire par l'intermédiaire d'un établissement stable y situé, lesdits bénéfices peuvent être imposés dans ce territoire, mais seulement dans la mesure où ils proviennent dudit établissement stable.

. . .

5. Les alinéas 1 et 2 n'ont pas pour effet d'empêcher l'un des Etats contractants de lever, dans le cadre de la présente Convention, un impôt sur le revenu, c'est-à-dire sur les dividendes, intérêts, droits de location ou redevances, provenant de sources situées dans son territoire par un résident de l'autre territoire si ledit revenu n'est pas attribuable à un établissement stable situé dans le territoire du premier Etat.

Article II

2. Pour l'application des dispositions de la présente Convention par l'un des Etats contractants, tout terme ou expression que la présente Convention ne définit pas autrement a, sauf indication contraire du contexte, le sens qui lui est attribué dans la législation en vigueur sur le territoire de cet Etat et relative aux impôts qui constituent l'objet de la présente Convention.

On voit par l'effet combiné de ces dispositions qu'en 1974, lorsque le par. 214(15) a été ajouté à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le législateur a cherché à étendre la retenue d'impôt, qui s'appli-

referable to interest, to payments by way of guaranty fees or standby charges. The simple issue here arising is whether or not the 1974 legislation amends the Treaty so as to expose the respondent to the burden of withholding tax at the prescribed rate when making payment of the guaranty fees to the non-resident guarantor.

Urie J., writing on behalf of the Federal Court of Appeal, found that the above-mentioned sections of the *Income Tax Act* did not, when applied to the guaranty fee here in question, have the effect of converting that fee into "interest" for the purpose of s. 212 thereby necessitating the withholding of tax by the respondent pursuant to s. 215. His Lordship stated:

> I am unable to agree with this contention. Whatever is the meaning of the phrase concluding the subsection, namely, "shall be deemed to be a payment of interest on that obligation" (presumably that obligation referring to the repayment of the mortgage) it is clear that it does not deem that the guarantee fee is "interest" but only that the payment of it shall be deemed to be "a payment of interest". Clearly the deeming of the payment to be what it is not does not change the character or nature of the thing that was paid. It could never in fact be a payment of interest because it was always a payment of a fee as consideration for the provision of the guarantee.
>
> (Emphasis that of Urie J.)

With the greatest respect, I reach the opposite conclusion and for the purposes of this appeal would construe these sections of the *Income Tax Act* so as to obligate the respondent to effect the withholding but at the rate prescribed in the Act, namely 25 per cent rather than 15 per cent as claimed by the appellant. However, this does not by any means dispose of the appeal.

The critical issue on this appeal is whether or not Article III(5) of the Canada-Germany Agreement and s. 3 of the enacting statute interrupt the application of the *Income Tax Act* to this transaction.

As regards the definition of interest, counsel for the respondent placed reliance upon the comments of Rand J. in *Re: Farm Security Act*, [1947] S.C.R. 394 at p. 411 where His Lordship stated:

quait jusqu'alors aux intérêts, aux paiements de frais de garantie ou de frais d'engagement. La simple question qui se pose en l'espèce est de savoir si la loi de 1974 modifie le traité de façon à faire assumer à l'intimée le fardeau de la retenue d'impôt au taux prescrit lorsqu'elle verse le paiement des frais de garantie au garant non résidant.

Le juge Urie, qui a rendu jugement au nom de la Cour d'appel fédérale, a conclu que les articles précités de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, lorsqu'on les applique aux frais de garantie dont il s'agit en l'espèce, n'ont pas pour effet de convertir ces frais en «intérêts» aux fins de l'art. 212 et d'obliger ainsi l'intimée à retenir l'impôt conformément à l'art. 215. Le juge dit:

> Je ne saurais accueillir cette thèse. Quel que soit le sens attribué au dernier membre de phrase: «réputée être un paiement d'intérêt sur cette obligation» (il s'agit en toute vraisemblance du remboursement de *mortgage*), il est clair que les frais de garantie ne sont pas assimilés aux «intérêts», et que c'est seulement le paiement de ces frais qui est réputé être un «paiement d'intérêt». Evidemment le simple fait d'attribuer au paiement un caractère qu'il n'a pas ne change rien à la nature de ce qui est payé. En fait, on ne pourrait jamais assimiler à un paiement d'intérêt ce qui a toujours été le paiement de frais en contrepartie d'une garantie.
>
> (C'est le juge Urie qui souligne.)

Avec égards, j'en viens à la conclusion contraire et, pour les fins du présent pourvoi, j'estime que ces articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* obligent l'intimée à effectuer la retenue mais au taux prescrit dans la Loi, soit vingt-cinq pour cent au lieu de quinze pour cent comme le demande l'appelante. Cependant, cette conclusion ne tranche aucunement le pourvoi.

La question décisive en l'espèce est de savoir si le par. (5) de l'article III de l'accord entre le Canada et l'Allemagne et l'art. 3 de la Loi qui le met en vigueur font obstacle à l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à cette opération.

En ce qui a trait à la définition du terme «intérêt», l'avocat de l'intimée s'appuie sur la remarque du juge Rand dans l'arrêt *Re: Farm Security Act*, [1947] R.C.S. 394, à la p. 411, où il dit:

Interest is, 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.

Read literally, this statement would not require the payment of interest to be made to the owner of the capital advanced to the borrower. Indeed, it may be broad enough to embrace the very transaction now before the Court, namely a guaranty fee for the procurement of the money of another. If this indeed was the meaning in 1956 in the law of Canada of the term "interest", then it can be argued that the 1974 *Tax Act* amendments are not in conflict with the 1956 statute. However, when the observation of Rand J., *supra*, is read in the context of the issue then before the Court it becomes apparent that no attempt was there being made to determine the extent of the definition of the term "interest" and I do not believe the comment should be taken as meaning that interest relates to anything other than the payment for the use of the principal advanced to the payor by the payee. Some light is shed on the above quoted passage from Rand J. when reference is made to the decision of this Court in *Bennett and White Construction Co. v. Minister of National Revenue*, [1949] S.C.R. 287 in which the taxpayer argued that guaranty fees, like interest, were current expenses. The Court unanimously rejected the argument and Rand J., in his reasons, made the following observation at p. 293:

Now the Crown has allowed the deduction of interest paid to the bank, and it must have been either on the footing that the day-to-day use of the funds was embraced within the business that produced the profit, or that the interest was within section 5, paragraph (*b*). But setting up that credit right or providing the banking facilities is quite another thing from paying interest; it is preparatory to earning the income and is no more part of the business carried on than would be the work involved in a bond issue.

See also the judgment of Locke J. (Rinfret C.J. and Kellock J. concurring) at pp. 289-90:

While the amounts paid to the guarantors were described as interest in the various resolutions which

[TRADUCTION] L'intérêt est, d'une manière générale, la contrepartie ou le dédommagement de l'utilisation ou de la détention par une personne d'une certaine somme d'argent qui appartient, au sens courant de ce mot, à une autre ou qui lui est due.

Littéralement, cette déclaration n'exigerait pas que l'intérêt soit payé au propriétaire du capital prêté à l'emprunteur. De fait, elle peut être assez large pour comprendre l'opération même dont la Cour est présentement saisie soit des frais de garantie pour l'obtention de l'argent d'une autre personne. Si c'est le sens qu'avait réellement en 1956 le terme «intérêt» en droit canadien, alors on peut dire que les modifications de 1974 à la *Loi de l'impôt* ne sont pas incompatibles avec la Loi de 1956. Cependant, lorsque la remarque précitée du juge Rand est replacée dans le contexte de la question qui était alors soumise à la Cour, on constate qu'on ne tentait pas alors d'établir la portée de la définition du terme «intérêt» et je ne crois pas qu'on puisse dire que cette remarque signifie que l'intérêt se rapporte à autre chose qu'au paiement que verse pour l'usage du capital, le bénéficiaire à celui qui le lui a fourni. On jette de la lumière sur le passage précité du juge Rand lorsqu'on se rapporte à l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Bennett and White Construction Co. c. Minister of National Revenue*, [1949] R.C.S. 287, dans laquelle le contribuable plaidait que les frais de garantie, comme l'intérêt, étaient des dépenses courantes. La Cour a rejeté unanimement cette prétention et le juge Rand, dans ses motifs de jugement, a fait la remarque suivante à la p. 293:

[TRADUCTION] Le ministre a accepté la déduction de l'intérêt versé à la banque, et il l'a fait soit parce que l'utilisation quotidienne des fonds était comprise dans l'entreprise qui a donné naissance au profit, soit parce que l'intérêt relevait de l'alinéa 5*b*). Mais la constitution de ce crédit ou l'obtention d'avantages bancaires sont des choses bien différentes du paiement d'intérêts; c'est une action préalable au gain du revenu et cela n'entre pas plus dans l'entreprise exploitée que le travail nécessaire à une émission d'obligations.

Voir également les motifs de jugement du juge Locke (auxquels ont souscrit le juge en chef Rinfret et le juge Kellock) aux pp. 289 et 290:

[TRADUCTION] Les montants payés aux cautions ont été décrits comme des intérêts dans les documents auto-

authorized their payment, this was clearly inaccurate. Interest is paid by a borrower to a lender: a sum paid to a third person as the consideration for guaranteeing a loan cannot be so described.

Admittedly the issue in that case was different from that here raised, and the provisions of the *Income Tax Act* then before the Court were quite different. The principal question there was whether the payments in question were laid out by the taxpayer to "earn income", but none of the members of the Court suggested the payment of the guaranty fees was deductible as "interest" under the specific provision of the *Income Tax Act* relating to the payment of interest by the taxpayer.

Turning to the interpretation of "income" in Article III(5) of the Agreement, subsection (1) of Article III exempts "industrial or commercial profits" of a German enterprise wherever those profits are earned unless that German enterprise "carries on a trade or business" in Canada through a "permanent establishment" situated in Canada. This exemption of industrial and commercial profits is reduced by subs. (5) of the same Article which enables Canada (to transpose the terms of the subsection to the realities of this transaction), to tax the income of the German enterprise when it is "derived from sources within" Canada if such income (a) "is not attributable to a permanent establishment in" Canada, and (b) is "e.g. dividends[,] interest, rents or royalties". The first question arising from this analysis of the wording of the subsection is whether or not the parenthetical expression after "income" creates a *genus* so as to limit the word "income" to like quantities or elements of income. The second question is whether or not the presence of the letters "e.g." is limitative or expansive with reference to the preceding word "income". Turning back to the first question, each of the four words describes a payment made in respect of an underlying or related property interest. Each is associated with the concept of income in the sense of receipts from or by reason of the ownership of shares in the case of dividends, principal in the case of interest, property in the case of rents, and rights or proper-

risant leur versement, mais cette description est manifestement inexacte. L'intérêt est versé par un débiteur à son créancier; le montant payé à une tierce personne en contrepartie du cautionnement d'un emprunt ne peut être considéré comme des intérêts.

On reconnaît que la question en litige dans cette affaire était différente de celle en l'espèce et que les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* soumises à la Cour étaient toutes autres. La principale question était de savoir si le contribuable avait fait les paiements en question pour «produire un revenu», mais aucun des membres de la Cour n'a reconnu que le paiement de frais de garantie était déductible à titre d'«intérêt» en vertu de la disposition précise de la *Loi de l'impôt sur le revenu* relative au paiement de l'intérêt par le contribuable.

Pour en venir à l'interprétation du terme «revenu» au par. (5) de l'article III de l'accord, le par. (1) de l'article III exempte de l'impôt «les bénéfices industriels ou commerciaux» d'une entreprise allemande, d'où qu'ils proviennent, à moins que cette entreprise allemande «exerce une activité commerciale ou industrielle» au Canada par l'intermédiaire d'«un établissement stable» situé au Canada. Cette exemption des bénéfices industriels et commerciaux est restreinte par le par. (5) du même article qui permet au Canada (pour transposer les termes de ce paragraphe aux faits de l'opération en l'espèce) de lever un impôt sur le revenu de l'entreprise allemande «provenant de sources situées» au Canada si ce revenu a) «n'est pas attribuable à un établissement stable situé» au Canada et b) est constitué de «dividendes, intérêts, droits de location ou redevances». La première question que soulèvent ces termes est de savoir si l'expression «c'est-à-dire sur les dividendes, intérêts, droits de location ou redevances» crée un genre qui restreint le terme «revenu» à des quantités ou à des éléments semblables du revenu. La deuxième question est de savoir si la présence de l'expression «c'est-à-dire» limite ou élargit la portée du mot «revenu» qui le précède. Revenant à la première question, chacun des quatre éléments de revenu mentionnés qualifie un paiement effectué à l'égard d'un titre sous-jacent ou connexe. Chacun s'associe au concept de revenu au sens de recettes provenant ou découlant de la propriété

ties in the case of royalties. To that extent at least there is a class created which might lead to the attribution by analogy to the word "income" of a meaning which would include guaranty fees. The guaranty payment received by the German bank from the respondent was made by the respondent in order to place the credit of the German bank within reach of the Canadian lending bank, the Bank of Nova Scotia, so as to obtain the loan in question. The asset of the German bank might by analogy be considered to be its credit worthiness and the "income" earned by that asset might be said to be the guaranty fee. In this sense Parliament, by revising the *Income Tax Act* so as to extend income to include guaranty fees received by a non-resident enterprise, would not contravene the provisions of subs. (5). This would be so not because the word "interest" has been expanded to include something else but because the word "income" has been expanded to include elements of income falling generically within the class of four but not being identical with any one and which included element is not to be excluded by the letters "e.g.".

However, the presence of the letters "e.g." may interrupt the application of this method of interpreting and discerning the sense of subs. (5). In my view the proper interpretation to be placed upon the parenthetical expression in subs. (5) is that it catalogues by way of illustration those items which ordinarily would be included in the exceptional term "income", it being that type of revenue excised from industrial and commercial profits otherwise exempted by subs. (1). That being so, the illustrations must be taken in the context of the ordinary usage of the language at the time of the Agreement, in which case one can find no justification in any of the four words for excluding a fee in the nature of a guaranty fee from the previously exempted industrial and commercial profits. Further support for the view that "income" has no independent force apart from the four parenthetical illustrations can be drawn from an examination of the succeeding articles in which

d'actions dans le cas des dividendes, du capital dans le cas des intérêts, d'un bien dans le cas des droits de location ou de droits ou de biens dans le cas des redevances. Dans cette mesure du moins, on crée une catégorie qui peut nous amener à attribuer par analogie au terme «revenu» un sens qui comprendrait les frais de garantie. C'est l'intimée qui a versé à la banque allemande les frais de garantie en vue de mettre le crédit de la banque allemande à la portée de la banque canadienne qui a consenti le prêt, la Banque de Nouvelle-Écosse, de façon à obtenir le prêt en question. On peut par analogie considérer que l'actif de la banque allemande est la valeur de son crédit et on peut assimiler les frais de garantie au «revenu» que produit cet actif. Dans ce sens, en révisant la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour que le sens de revenu comprenne les frais de garantie que reçoit une entreprise non résidante, le législateur n'enfreindrait pas les dispositions du par. (5). Il en serait ainsi non pas parce que le terme «intérêt» est élargi pour comprendre quelque chose d'autre, mais parce que le terme «revenu» est élargi pour comprendre des éléments de revenu qui se retrouvent génériquement dans la catégorie des quatre éléments sans qu'ils soient identiques à l'un ou l'autre, et que ce nouvel élément ne peut être exclu en raison de l'expression «c'est-à-dire».

Cependant, la présence de l'expression «c'est-à-dire» peut faire obstacle à l'application de cette façon d'interpréter et de cerner le sens du par. (5). A mon avis, l'interprétation qu'il convient de donner à l'expression «c'est-à-dire sur les dividendes, intérêts, droits de location ou redevances» au par. (5) est qu'elle catalogue en les illustrant les éléments qui seraient ordinairement inclus dans le terme exceptionnel «revenu», soit le type de revenu tiré des bénéfices industriels et commerciaux exemptés par ailleurs en vertu du par. (1). Ainsi, les exemples doivent être pris dans le contexte du langage courant à l'époque de l'accord, et dans ce cas, on ne peut trouver dans aucun des quatre termes employés une justification permettant d'exclure des bénéfices industriels et commerciaux déjà exempts d'impôt les frais assimilables à des frais de garantie. L'opinion que le «revenu» n'a pas une force indépendante, sauf celle que lui donnent les quatre exemples mentionnés dans l'expression pré-

specific regimes are set up for the taxation of dividends (Article VI), certain interest (Article VII), royalties (Article VIII) and rents (Article XIII). These articles provide maximum rates of taxation which may be imposed by the state in which they arise. On this question I am in respectful agreement with the conclusions of Urie J.:

> It will immediately be seen that Article VI deals with dividends, Article VII with "interest on bonds, securities, notes, debentures or any other form of indebtedness (exclusive of ...)", Article VIII with copyright and industrial property and Article XIII with income from immovable property. All of the types of income referred to in those Articles are referred to parenthetically in paragraph 5 of Article III and as such they exemplify the kinds of income which Canada could tax notwithstanding that each might also be considered "industrial or commercial profits". The paragraph does not enable Canada to declare that a kind of income that was accorded exemption in the Convention as such profits and is not specifically provided for in the Articles that follow shall be taxable.

The next question is, with reference to Article II(2) of the Agreement, whether the term "laws in force" in Canada "relating to the taxes which are the subject of this Convention" means the laws as they existed in 1956 or the laws of Canada from time to time in force. Specifically the question is whether or not that expression includes the 1974 amendments to the *Income Tax Act*. This takes us first of all to an interpretation of the expression "relating to the taxes which are the subject of this Convention" as found at the end of subs. (2). The Convention makes industrial and commercial profits earned by a permanent establishment taxable in the country where the permanent establishment exists and where those earnings arose, and it also authorizes the taxation of "income" including dividends, interest etc. However, the Treaty does not authorize the taxation of industrial and commercial profits of a non-resident where those profits were not earned through a permanent establishment in Canada. The guaranty fee falls into the latter category. The revenue received by the non-resident bank by reason of its guaranty of a Canadian lender represents industrial and commercial profits received from within Canada but

citée, s'appuie en outre sur l'examen des articles suivants de l'accord, qui prévoient des régimes particuliers d'imposition pour les dividendes (article VI), certains intérêts (article VII), les redevances (article VIII) et les droits de location (article XIII). Ces articles prévoient des taux d'imposition maximum que peuvent fixer les pays où ils sont produits. Avec égards, je souscris aux conclusions du juge Urie sur cette question:

> On voit immédiatement que l'Article VI traite des dividendes, l'Article VII de «l'intérêt des titres, valeurs, billets, obligations ou toutes autres créances (à l'exception de ...)», l'Article VIII des droits d'auteur et de la propriété industrielle, et l'Article XIII de tout revenu provenant d'un bien immobilier. Tous les types de revenu visés par ces articles sont repris, à l'alinéa 5 de l'Article III et, comme tels, sont autant d'exemples de revenu que le Canada pourrait imposer, bien qu'ils puissent être aussi considérés comme des «bénéfices industriels ou commerciaux». Cet alinéa n'habilite pas le Canada à déclarer imposables les revenus exemptés par la Convention, au titre de ces bénéfices et qui ne sont pas expressément visés par les Articles qui suivent.

La question suivante est de savoir si, relativement au par. (2) de l'article II de l'accord, l'expression «législation en vigueur» au Canada «relative aux impôts qui constituent l'objet de la présente Convention» signifie la législation en vigueur en 1956 ou les lois canadiennes adoptées ultérieurement. En particulier, la question est de savoir si cette expression comprend les modifications apportées en 1974 à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cela nous amène tout d'abord à interpréter l'expression «relative aux impôts qui constituent l'objet de la présente Convention» qui figure à la fin du par. (2). La Convention assujettit les bénéfices industriels et commerciaux que produit un établissement stable à l'impôt dans le pays où est situé l'établissement stable et où ces bénéfices sont produits, et elle autorise aussi l'imposition du «revenu», y compris les dividendes, intérêts, etc. Cependant, le traité ne permet pas d'imposer les bénéfices industriels et commerciaux d'une personne non résidante lorsque ces bénéfices n'ont pas été produits par l'intermédiaire d'un établissement stable situé au Canada. Les frais de garantie tombent dans cette dernière catégorie. Le revenu que touche la banque non résidante en raison de la

not earned in an entreprise carried on through a Canadian permanent establishment. Laws enacted by Canada to redefine taxation procedures and mechanisms with reference to income not subjected to taxation by the Agreement are not, in my view, incorporated in the expression "laws in force" in Canada as employed by the Agreement. To read this section otherwise would be to feed the argument of the appellant, which in my view is without foundation in law, that subs. (2) authorizes Canada or Germany to unilaterally amend the tax Treaty from time to time as their domestic needs may dictate.

It is well to remind ourselves in analysing these statutes and the subtended tax Agreement that the international Agreement does not itself levy taxes but simply authorizes the contracting parties, within the terms of the Agreement, to do so.

As I have already mentioned, s. 3 of the ratifying statute of 1956 anticipates at least in part the problem with which the Court is today faced. There is, of course, no room for debate on the proposition that Parliament is supreme and can neither bind itself nor any successor of Parliament when acting within its constitutionally-assigned sovereign jurisdiction. Obviously it follows that s. 3 or any other part of the 1956 statute can be repealed or amended. The question is not that, but whether the collateral legislative action in connection with the *Income Tax Act* has the effect of amending the 1956 statute. The suggestion that it does have such an effect is startling. There are 26 concluded and 10 proposed tax conventions, treaties or agreements between Canada and other nations of the world. If the submission of the appellant is correct, these agreements are all put in peril by any legislative action taken by Parliament with reference to the revision of the *Income Tax Act*. For this practical reason one finds it difficult to conclude that Parliament has left its own handiwork of 1956 in such inadvertent jeopardy. That is not to say that before the 1956 Act can be amended in substance it must be done by Parliament in an Act entitled "An Act to Amend the

garantie qu'elle accorde à un prêteur canadien constitue des bénéfices industriels et commerciaux reçus d'une source canadienne qui ne résultent pas de l'exploitation d'une entreprise par l'intermédiaire d'un établissement stable au Canada. A mon avis, l'expression «législation en vigueur» au Canada qu'emploie l'accord ne comprend pas les lois que le Canada a adoptées pour redéfinir les procédures et les mécanismes d'imposition du revenu non assujetti à l'impôt en vertu de l'accord. Une interprétation contraire de cet article donnerait du poids à l'argument de l'appelante, qui à mon avis n'a pas de fondement en droit, que le par. (2) autorise le Canada ou l'Allemagne à modifier unilatéralement le Traité en matière fiscale à l'occasion selon que l'exigent leurs besoins internes.

En examinant ces lois et l'accord fiscal qui en découle, il faut se rappeler que l'accord international ne lève pas lui-même un impôt mais qu'il autorise simplement les parties contractantes à le faire suivant les termes de l'accord.

Comme je l'ai déjà mentionné, l'art. 3 de la Loi d'homologation de 1956 a prévu, du moins en partie, le problème auquel la Cour doit maintenant faire face. Il est certes incontestable que le Parlement est souverain et qu'il ne peut se lier pour l'avenir lorsqu'il exerce la compétence souveraine que lui accorde la constitution. Il s'ensuit évidemment que l'art. 3 ou toute autre partie de la Loi de 1956 peuvent être abrogés ou modifiés. Là n'est pas la question, mais il s'agit de savoir si les textes législatifs additionnels relatifs à la *Loi de l'impôt sur le revenu* ont pour effet de modifier la Loi de 1956. La suggestion qu'ils ont cet effet est surprenante. En matière fiscale, il existe 26 conventions, traités ou accords déjà conclus et 10 autres sont en négociation entre le Canada et d'autres pays. Si l'argument de l'appelante est le bon, chaque révision de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qu'adopte le législateur met ces accords en péril. Pour cette raison d'ordre pratique, on peut difficilement conclure que le législateur a mis en danger avec autant de légèreté son ouvrage de 1956. Cela ne veut pas dire qu'avant de pouvoir modifier en profondeur la Loi de 1956, le législateur doive adopter une loi intitulée «Loi portant modification de la Loi de 1956». Mais la réciproque n'est pas

Act of 1956". But neither is the converse true, that is that every tax enactment, adopted for whatever purpose, might have the effect of amending one or more bilateral or multilateral tax conventions without any avowed purpose or intention so to do.

There is no doubt, in my view, that the effect of s. 3 is to make the operation of any other law of Parliament, including the *Income Tax Act*, subject to the terms of the 1956 Act and the incorporated Agreement. The only exception to this result would be where Parliament has expressly set out to amend the 1956 statute. Then, of course, there is no conflict between the 1956 Act and "any other law". This interpretation has the necessary result of embodying in the Agreement, by reason of Article II(2), as definitions of the words not therein defined, the meaning of those words at the time the Agreement was adopted. Thus any legislative action taken for whatever reason which results in a change or expansion of a definition of a term such as "interest" does not prevail over the terms of the 1956 statute because of the necessary meaning of s. 3 thereof.

There may be a confession of this result, albeit inadvertent, in the action taken by the appellant in assessing these guaranty fees. In its claim the Crown, through the assessment procedure and in the statement of claim, has constantly asserted the right to recover from the respondent in an amount equal to 15 per cent of the guaranty fee remitted to the non-resident bank. The rate of 15 per cent is established in Article VII of the Agreement. However, s. 212(1), *supra*, enacted for the recovery of tax from non-residents, imposes a tax at the rate of 25 per cent. If the *Income Tax Act* had the effect in law, as is alleged in the case of the definition of the word interest, of amending the Agreement, then not only would Article III(5) be amended but also Article VII so as to increase the rate of taxation from 15 to 25 per cent. No explanation was advanced by counsel for the appellant for this apparent discrepancy between the assessment and the Act or, expressed conversely, between the requirements of the *Income Tax Act* and the demand made upon the respondent and through it upon the non-resident.

vraie pour autant, c.-à-d. que chaque loi fiscale, quel que soit le motif de son adoption, puisse avoir pour effet de modifier des conventions fiscales bilatérales ou multilatérales sans un motif ou une intention avoués de le faire.

Je suis convaincu que l'art. 3 a pour effet d'assujettir l'application de toute autre loi du Parlement, y compris la *Loi de l'impôt sur le revenu*, aux termes de la Loi de 1956 et de l'accord qu'elle consacre. La seule exception serait que le législateur énonce expressément qu'il modifie la Loi de 1956. Il n'y aurait alors aucun conflit entre la Loi de 1956 et «toute autre loi». Cette interprétation a nécessairement pour effet d'incorporer dans l'accord, en raison du par. (2) de l'article II, à titre de définition des termes qui n'y sont pas définis, le sens qu'avaient ces termes au moment de l'adoption de l'accord. Ainsi, tout texte législatif adopté pour quelque motif que ce soit qui a pour effet de modifier ou d'élargir la définition d'un terme comme «intérêt» reste assujetti aux termes de la Loi de 1956 en raison de la signification qu'entraîne l'art. 3 de cette loi.

En imposant ces frais de garantie, l'appelante a bien pu, bien qu'involontairement, admettre ce résultat. Dans sa réclamation, le Ministre, par la procédure d'imposition et dans la déclaration, a constamment fait valoir le droit de recouvrer de l'intimée un montant égal à quinze pour cent des frais de garantie versés à la banque non résidante. Le taux de quinze pour cent est établi à l'article VII de l'accord. Par contre, le par. 212(1), précité, adopté en vue de recouvrer l'impôt des personnes non résidantes, fixe un taux d'imposition de vingt-cinq pour cent. Si en droit la *Loi de l'impôt sur le revenu* avait pour effet, comme on prétend que c'est le cas pour la définition du terme intérêt, de modifier l'accord, alors ce n'est pas seulement le par. (5) de l'article III mais aussi l'article VII qui seraient modifiés de façon à porter le taux d'imposition de quinze à vingt-cinq pour cent. L'avocat de l'appelante n'a fourni aucune explication de cette contradiction évidente entre la cotisation et la Loi ou, pour le dire autrement, entre les exigences de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la réclamation faite à l'intimée et par elle à la banque non résidante.

What the position of the appellant amounts to is an assertion that Canada can simply amend the Agreement by the device of redefining the term interest. As has already been noted, interest in the ordinary commercial usage of that term simply means the payment of rent by a borrower for the use of the principal of the lender to whom the rent is paid. It may be that the money flow will be different than this simple definition would indicate by reason of directions or special circumstances, but essentially the payment is made by the payor for the use of the payee's principal. Here the respondent was not a borrower from the guarantor and it has made no payment to the guarantor for the use of the guarantor's principal. The consequence of the 1974 tax amendment therefore, as urged by the appellant, is simply a purported exercise of a unilateral right to effectively amend the Agreement deliberately entered into and implemented by legislation by Canada in 1956. The Agreement provides, as for example in Article XXIII(2), for alterations to it by unilateral action but these are exceptional and explicit. That same Article establishes a procedure for termination by notice terminating the Agreement effective the 1st day of January next following the giving of notice. Subsection (2) provides a method for termination of rates established in Article VII, *supra*, and other Articles. This requires the giving of notice by one country to the other on or before the 30th day of June in any year so as to revise the rate effective the 1st of January following. No notice of termination appears in the record here. It is in lieu of all these procedures enacted by Parliament that the appellant directs our attention to the above sections of the 1974 *Income Tax Act* as producing the same result.

On this leg of the argument, therefore, I conclude that the 1956 statute has introduced into our domestic law the terms of the international Agreement and that properly construed that Agreement does not authorize the taxation by domestic law of the guaranty fee by Canada. I also reach the conclusion that the introduction of provisions relating to interest by the amendments of 1974 to the *Income Tax Act* of Canada evidences no intention by Parliament to amend the 1956 statute. I

La position qu'adopte l'appelante revient à affirmer que le Canada peut simplement modifier l'accord en redéfinissant le terme intérêt. Comme je l'ai déjà fait remarquer, l'intérêt au sens ordinaire de ce terme en matière commerciale désigne simplement le paiement, par l'emprunteur, d'un loyer pour l'utilisation du capital du prêteur à qui est versé le loyer. En raison de directives ou de circonstances particulières, il se peut que l'argent circule d'une manière différente de cette définition simple mais, essentiellement, le paiement est versé par celui qui paye l'utilisation du capital du bénéficiaire. En l'espèce, l'intimée n'a pas emprunté du garant et ne lui a fait aucun paiement ayant trait à l'utilisation de son capital. Par conséquent, la modification de la loi de l'impôt apportée en 1974, comme le fait valoir l'appelante, est simplement une tentative d'exercer un droit unilatéral de modifier effectivement l'accord que le Canada a conclu volontairement et qu'il a mis en vigueur par la Loi de 1956. L'accord comporte, comme par exemple au par. (2) de l'article XXIII, des dispositions qui permettent de le modifier unilatéralement, mais ces dispositions sont exceptionnelles et explicites. Ce même article prévoit une procédure de dénonciation par avis qui met fin à l'accord à compter du 1er janvier qui suit la date de la remise de l'avis. Le paragraphe (2) prévoit une procédure pour mettre fin aux taux établis à l'article VII, précité, et à d'autres articles. A cette fin, un pays doit donner à l'autre un avis au plus tard le 30 juin pour modifier le taux à compter du 1er janvier de l'année qui suit. En l'espèce, aucun avis de dénonciation ne figure au dossier. C'est pour tenir lieu de ces procédures adoptées par le législateur que l'appelante attire notre attention sur les articles précités de la *Loi de l'impôt sur le revenu* de 1974 qui auraient le même effet.

Compte tenu de ces arguments, je conclus par conséquent que la Loi de 1956 a fait entrer dans notre droit interne les termes de l'accord international et que, interprété correctement, cet accord n'autorise pas le Canada à imposer par des lois internes les frais de garantie. Je conclus en outre que l'adoption, en vertu des modifications de 1974 apportées à la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada, de dispositions relatives à l'intérêt ne prouve pas que le législateur a eu l'intention de

note also that this conclusion is in accord with that reached by Mahoney J. when considering the Canada-U.S. Convention in *Associates Corporation of North America v. The Queen*, [1980] 2 F.C. 377 aff'd [1980] 2 F.C. 382. In his reasons for judgment Mr. Justice Mahoney concluded [at p. 381]:

> The guarantee fees paid to the plaintiff are not interest within the terms of the Canada-US Tax Convention. Paragraph 214(15)(*a*) of the *Income Tax Act* deeming them to be interest is inconsistent with the Convention and, by virtue of section 3 of the Act that makes the Convention part of Canada's domestic law, paragraph 214(15)(*a*) cannot apply to guarantee fees subject to the Convention. The fees in issue were a component of the plaintiff's industrial and commercial profits which were not taxable by Canada since the plaintiff was a United States enterprise having no permanent establishment in Canada.

The Court was directed to a number of cases from the United Kingdom dealing with the relationship said to exist between legislatively-adopted treaties and domestic statutes generally. Only a few of these authorities can be said to have any bearing on the issue raised in this appeal. I refer firstly to *Inland Revenue Commissioners v. Collco Dealings Ltd.*, [1962] A.C. 1 in which the House of Lords considered an amendment to United Kingdom income tax legislation which was intended to put an end to the practice of "dividend stripping", the paying of dividends out of profits accumulated before the date on which the shares were acquired. The precise issue before their Lordships was whether the opening words of the provision, "... a person entitled under any enactment to an exemption from income tax which extends to dividends ...", should be read to include a resident of Ireland whose dividends would otherwise be exempted by a U.K.-Irish Agreement. Their Lordships concluded, affirming the Court of Appeal and Vaisey J., that the plain words of the enactment extended to the exemption for Irish residents. Viscount Simonds, at p. 19, declared:

modifier la Loi de 1956. Je remarque en outre que cette conclusion est conforme à celle du juge Mahoney qui a examiné l'accord entre le Canada et les États-Unis dans l'affaire *Associates Corporation of North America c. La Reine*, [1980] 2 C.F. 377, confirmée par [1980] 2 C.F. 382. Dans les motifs de son jugement, le juge Mahoney a conclu [à la p. 381]:

> Les droits de garantie versés à la demanderesse ne constituent pas des intérêts au sens de la Convention relative à l'impôt entre le Canada et les É.-U. L'alinéa 214(15)*a*) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les considérant comme des intérêts, est incompatible avec la Convention. Conformément à l'article 3 de la Loi qui rend cette convention partie intégrante de la loi interne du Canada, cet alinéa 214(15)*a*) n'est donc pas applicable aux droits de garantie visés par la Convention. Les droits litigieux font partie des bénéfices industriels et commerciaux de la demanderesse, lesquels ne sont pas imposables au Canada, puisque cette dernière est une entreprise américaine n'ayant pas d'établissement stable au Canada.

On a cité à la Cour plusieurs arrêts du Royaume-Uni qui portent sur le lien qui existerait entre les traités adoptés en vertu d'une loi et les lois internes en général. Quelques-uns seulement de ces arrêts peuvent à mon avis avoir un rapport avec la question en litige en l'espèce. Citons d'abord l'arrêt *Inland Revenue Commissioners v. Collco Dealings Ltd.*, [1962] A.C. 1, dans lequel la Chambre des lords a examiné une modification de la loi de l'impôt sur le revenu du Royaume-Uni qui visait à mettre fin à la pratique du «dépouillement des dividendes», le versement de dividendes à même les profits accumulés avant la date de l'acquisition des actions. La question précise soumise à leurs Seigneuries était de savoir si les premiers mots de la disposition [TRADUCTION] « ... une personne qui a droit, en vertu d'une loi, à une exemption de l'impôt sur le revenu qui s'étend aux dividendes ... », devaient s'appliquer aussi à une personne résidant en Irlande dont les dividendes seraient par ailleurs exempts d'impôt en vertu d'un accord entre le Royaume-Uni et l'Irlande. Confirmant les jugements de la Cour d'appel et du juge Vaisey, leurs Seigneuries ont conclu que les termes de la loi s'appliquaient à l'exemption à l'égard des personnes résidant en Irlande. Le vicomte Simonds dit, à la p. 19:

It would not, I think, be possible to state in clearer language and with less ambiguity the determination of the legislature to put an end in all and every case to a practice which was a gross misuse of a concession.

Similarly in *Woodend (K.V. Ceylon) Rubber and Tea Co. v. Commissioner of Inland Revenue*, [1971] A.C. 321, the Privy Council concluded that the Legislature of Ceylon had intended the expression "non-resident company" to apply so as to override any inconsistencies with a 1950 U.K. Agreement, holding that "the general words must receive their full meaning" (*per* Lord Donovan at p. 335). These cases add little to the analysis of the present appeal as the terms of the 1974 amendments to the Canadian *Income Tax Act* evidence no comparable intention by the Canadian Parliament to override the 1956 Agreement.

In the final analysis the appellant must fail because the 1956 statute, being the legislative adoption of the international tax Agreement, has not been amended by the income tax amendments of 1974 and accordingly Article III(1) of the Agreement prevents the application of the *Income Tax Act* to the guaranty fees paid by the respondent to the non-resident bank. Accordingly the appeal should be dismissed with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: R. Tassé, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Blaney, Pasternak, Smela and Watson, Toronto.*

[TRADUCTION] Je crois qu'il ne serait pas possible d'énoncer plus clairement et de façon moins ambiguë l'intention du législateur de mettre fin dans tous les cas à une pratique qui constituait un abus flagrant d'un dégrèvement fiscal.

De même dans l'arrêt *Woodend (K.V. Ceylon) Rubber and Tea Co. v. Commissioner of Inland Revenue*, [1971] A.C. 321, le Conseil privé a conclu que l'intention du Parlement du Ceylan était que l'expression «société non résidante» s'applique de façon à prévaloir sur toute incompatibilité avec un accord conclu en 1950 avec le Royaume-Uni; lord Donovan dit à la p. 335 que [TRADUCTION] «il faut attribuer toute leur signification aux termes généraux». Ces arrêts ajoutent peu de choses à l'analyse en l'espèce puisque les termes des modifications apportées en 1974 à la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada ne révèlent pas une intention semblable de la part du législateur canadien de passer outre à l'accord de 1956.

En définitive, l'appelante doit être déboutée parce que la Loi de 1956, qui adopte l'accord international relatif à l'impôt, n'a pas été touchée par les modifications de l'impôt sur le revenu apportées en 1974 et, par conséquent, le par. (1) de l'article III de l'accord empêche la *Loi de l'impôt sur le revenu* de s'appliquer aux frais de garantie versés par l'intimée à une banque non résidante. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur de l'appelante: R. Tassé, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimée: Blaney, Pasternak, Smela et Watson, Toronto.*

**The Minister of Indian Affairs and Northern Development** *Appellant*;

and

**Sean Ranville and Danielle Winona Ranville** *Respondents.*

File No.: 16218.

1982: March 24; 1982: September 28.

Present: Laskin C. J. and Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Jurisdiction — Federal Court of Appeal — Application to review and set aside — Judge acting pursuant to s. 9(4) of Indian Act — Whether judge acting qua s. 96 judge or persona designata — Concept of persona designata rejected — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 28 — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 9(4) [as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 48, s. 25(1)].*

*Courts — Stare decisis — Departure from prior decision.*

A county court judge, exercising jurisdiction under s. 9(4) of the *Indian Act*, reversed a decision of the Registrar of the Department of Indian Affairs and Northern Development that respondents children were not entitled to be included in the Indian Register. The Federal Court of Appeal dismissed the appellant's application under s. 28 of the *Federal Court Act* to review and set aside the county court judge's decision on the ground of want of jurisdiction. The Federal Court of Appeal held that the county court judge was excluded from the definition of "federal board, commission or other tribunal" within the meaning of ss. 2 and 28 of the *Federal Court Act* by the words "other than ... any ... person ... appointed ... under s. 96 of the *British North America Act, 1867*". The Federal Court of Appeal concluded that a judge acting under s. 9(4) of the *Indian Act* was acting *qua* s. 96 judge, not *persona designata*. Hence this appeal to determine whether the Federal Court of Appeal has jurisdiction to review and set aside a decision of a judge acting pursuant to s. 9(4) of the *Indian Act*.

*Held*: The appeal should be dismissed.

*Per* Laskin C. J. and Dickson, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.: According to earlier jurisprudence, the

**Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien** *Appelant*;

et

**Sean Ranville et Danielle Winona Ranville** *Intimés.*

N° du greffe: 16218.

1982: 24 mars; 1982: 28 septembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Compétence — Cour d'appel fédérale — Demande d'examen et d'annulation — Juge agissant en vertu de l'art. 9(4) de la Loi sur les Indiens — Le juge agit-il en sa qualité de juge visé à l'art. 96 ou à titre de persona designata? — Rejet du concept de persona designata — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 2, 28 — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 9(4) [modifié par 1974-75-76 (Can.), chap. 48, art. 25(1)].*

*Tribunaux — Stare decisis — Arrêt antérieur non suivi.*

Un juge de la Cour de comté, exerçant compétence en vertu du par. 9(4) de la *Loi sur les Indiens*, a infirmé la décision du registraire du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien que les enfants intimés n'avaient pas droit à l'inclusion de leurs noms dans le registre des Indiens. La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande de l'appelant qui se fonde sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* et vise l'examen et l'annulation de la décision du juge de la Cour de comté pour défaut de compétence. La Cour d'appel fédérale a conclu qu'en raison des mots «à l'exclusion ... des personnes nommées ... en vertu de l'article 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*», le juge de la Cour de comté n'était pas «un office, une commission ou un autre tribunal fédéral» au sens des art. 2 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La Cour d'appel fédérale a conclu qu'un juge qui agit en vertu du par. 9(4) de la *Loi sur les Indiens* le fait en sa qualité de juge visé à l'art. 96 et non pas à titre de *persona designata*. D'où le pourvoi pour déterminer si la Cour d'appel fédérale a compétence pour examiner et annuler une décision d'un juge qui agit en vertu du par. 9(4) de la *Loi sur les Indiens*.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef Laskin et les juges Dickson, Estey, McIntyre et Chouinard: Suivant la jurisprudence anté-

Federal Court of Appeal would have jurisdiction re a s. 96 court judge if he is acting *persona designata*. In *Herman v. Deputy Attorney General of Canada* the majority of this Court adopted the test for *persona designata*:

> is the judge exercising a peculiar, and distinct, and exceptional jurisdiction, separate and unrelated to the tasks which he performs from day-to-day as a judge and having nothing in common with the court of which he is a member.

The appellant has not met the test in *Herman*. A judge acting under s. 9(4) of the *Indian Act* is not exercising exceptional jurisdiction. The judge in this case acted as a substitute, which a *persona designata* cannot do. A judge acting under s. 9(4) of the *Indian Act* sits in an appellate capacity. The fact that he is empowered to exercise powers as a commissioner under the *Inquiries Act* does not make him *persona designata* under the test in *Herman*.

The judicially created concept of *persona designata* is a source of more confusion than enlightenment, serves no useful purpose in the present context and can be readily jettisoned without prejudice to legal principle. The statutory language should be adhered to, free of the ingerence of the notion of *persona designata*. Whenever a statutory power is conferred upon a s. 96 judge or officer of a court, the power should be deemed exercisable in an official capacity as representing the court, unless there is express provision to the contrary.

It is acknowledged that this decision conflicts with the majority view in *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*. The traditional justification for *stare decisis* is certainty in the law. This of course remains an important consideration even though this Court has announced its willingness, for compelling reasons, to overturn a prior decision. In this instance adherence to the *stare decisis* principle would generate more uncertainty than certainty.

*Per* Ritchie and Beetz JJ. *concurring in the result*: The test in *Herman* was not met. In addition, the principle of *stare decisis* remains an important consideration in this Court even though it has announced its willingness to overturn a prior decision for compelling reasons.

*Herman v. Deputy Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 729, applied; *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228, overruled;

rieure, la Cour d'appel fédérale aurait compétence à l'égard d'un juge d'une cour visée à l'art. 96 s'il agit à titre de *persona designata*. Dans l'arrêt *Herman c. Sous-procureur général du Canada*, la Cour à la majorité a formulé le critère à appliquer pour déterminer si un juge agit en tant que *persona designata*:

> Le juge exerce-t-il une compétence particulière, distincte, exceptionnelle et indépendante de ses tâches quotidiennes de juge, et qui n'a aucun rapport avec la cour dont il est membre?

L'appelant n'a pas satisfait à ce critère. Un juge agissant en vertu du par. 9(4) de la *Loi sur les Indiens* n'exerce pas une compétence exceptionnelle. Le juge en l'espèce a agi à titre de remplaçant, ce qu'une *persona designata* ne peut faire. Un juge qui agit en vertu du par. 9(4) de la *Loi sur les Indiens* siège en tant que juge d'appel. Ce n'est pas parce qu'il est autorisé à exercer les pouvoirs d'un commissaire visé par la *Loi sur les enquêtes*, qu'il devient *persona designata* suivant le critère formulé dans l'arrêt *Herman*.

Le concept jurisprudentiel de *persona designata* est davantage de nature à semer la confusion qu'à éclairer; il n'a pas d'utilité dans le contexte actuel et on peut facilement l'abandonner sans porter atteinte à un principe juridique. Il convient de s'en tenir aux termes de la loi, sans appliquer la notion de *persona designata*. Chaque fois qu'une loi confère un pouvoir à un juge ou à un fonctionnaire d'une cour visés à l'art. 96, il doit être considéré comme un pouvoir qui peut être exercé par ce juge ou ce fonctionnaire en sa qualité officielle de représentant de la cour, à moins d'une disposition expresse en sens contraire.

Il est reconnu que ce point de vue est inconciliable avec l'avis de la majorité dans l'arrêt *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*. Le principe du *stare decisis* se justifie traditionnellement par la certitude qu'il apporte au droit. Cela demeure évidemment une considération importante, même si la Cour s'est dite prête à renverser un arrêt antérieur lorsqu'il y a des motifs sérieux de le faire. En l'espèce, suivre le principe du *stare decisis* créerait plus d'incertitude que de certitude.

*Les* juges Ritchie et Beetz, *souscrivant au résultat*: On n'a pas satisfait au critère formulé dans l'arrêt *Herman*. De plus, le principe du *stare decisis* demeure une considération importante en cette Cour, même si elle s'est dite prête à écarter un arrêt antérieur, lorsqu'il y a des motifs sérieux de le faire.

Jurisprudence: arrêt suivi: *Herman c. Sous-procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 729; arrêt rejeté: *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1

*Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495, considered; *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751; *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349; *Re Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198; *Binus v. The Queen*, [1967] S.C.R. 594; *Peda v. The Queen*, [1969] S.C.R. 905; *Barnett v. Harrison*, [1976] 2 S.C.R. 531; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; *A.V.G. Management Science Ltd. v. Barwell Developments Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 43; *Bell v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 212; *Paquette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 189; *Dunbar v. The King* (1936), 67 C.C.C. 20 (S.C.C.); *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; *Farwell v. The Queen* (1894), 22 S.C.R. 553; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *Reference re Residential Tenancies Act* (1980), 26 O.R. (2d) 609; *Williams v. R. in Right of Canada*, [1981] 1 W.W.R. 606; *Collins v. The Queen*, [1980] 1 F.C. 146; *Equipements Rocbec Inc. v. Ministre du Revenu national*, [1980] C.S. 1089; *Re Cataract Ice Ltd. and B.P. Oil Ltd.* (1981), 31 O.R. (2d) 644, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1982] 1 F.C. 485, dismissing appellant's application to review and set aside a decision of Hudson Co. Ct. J. (1979), 26 O.R. (2d) 721. Appeal dismissed.

*Eric Bowie, Q.C.*, and *Ian MacGregor*, for the appellant.

*William T. Badcock*, for the respondents.

The judgment of Laskin C.J. and Dickson, Estey, McIntyre and Chouinard JJ. was delivered by

DICKSON J.—The question is whether the Federal Court of Appeal has jurisdiction under s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 to review and set aside the decision of a judge acting pursuant to s. 9(4) of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6. Section 28 of the *Federal Court Act* empowers the Federal Court of Appeal to review and set aside certain decisions or orders made by or in the course of proceedings before "a federal board, commission or other tribunal". Section 2 [hereinafter referred to as s. 2(*g*)] of the Act provides that:

R.C.S. 228; arrêt examiné: *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495; arrêts mentionnés: *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751; *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; *Re Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198; *Binus c. La Reine*, [1967] R.C.S. 594; *Peda c. La Reine*, [1969] R.C.S. 905; *Barnett c. Harrison*, [1976] 2 R.C.S. 531; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *A.V.G. Management Science Ltd. c. Barwell Developments Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 43; *Bell c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 212; *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189; *Dunbar v. The King* (1936), 67 C.C.C. 20 (C.S.C.); *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; *Farwell c. La Reine* (1894), 22 R.C.S. 553; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *Reference re Residential Tenancies Act* (1980), 26 O.R. (2d) 609; *Williams v. R. in Right of Canada*, [1981] 1 W.W.R. 606; *Collins c. La Reine*, [1980] 1 C.F. 146; *Equipements Rocbec Inc. c. Ministre du Revenu national*, [1980] C.S. 1089; *Re Cataract Ice Ltd. and B.P. Oil Ltd.* (1981), 31 O.R. (2d) 644.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1982] 1 C.F. 485, qui a rejeté la demande de l'appelant visant l'examen et l'annulation d'une décision du juge Hudson de la Cour de comté (1979), 26 O.R. (2d) 721. Pourvoi rejeté.

*Eric Bowie, c.r.*, et *Ian MacGregor*, pour l'appelant.

*William T. Badcock*, pour les intimés.

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Dickson, Estey, McIntyre et Chouinard rendu par

LE JUGE DICKSON—La question est de savoir si la Cour d'appel fédérale a compétence en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, pour examiner et annuler la décision d'un juge qui agit en vertu du par. 9(4) de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6. L'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* habilite la Cour d'appel fédérale à examiner et à annuler certaines décisions ou ordonnances rendues par «un office, une commission ou un autre tribunal fédéral» ou à l'occasion de procédures devant «un office, une commission ou un autre tribunal fédéral». L'article 2 [ci-après appelé le par. 2*g*)] de la Loi dispose:

"federal board, commission or other tribunal" means any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred under an Act of the Parliament of Canada, other than any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of *The British North America Act, 1867*. [Emphasis added.]

«office, commission ou autre tribunal fédéral» désigne un organisme ou une ou plusieurs personnes ayant, exerçant ou prétendant exercer une compétence ou des pouvoirs conférés par une loi du Parlement du Canada ou sous le régime d'une telle loi, à l'exclusion des organismes de ce genre constitués ou établis par une loi d'une province ou sous le régime d'une telle loi ainsi que des personnes nommées en vertu ou en conformité du droit d'une province ou en vertu de l'article 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. [C'est moi qui souligne.]

I

The issue is whether a judge exercising jurisdiction under s. 9(4) of the *Indian Act* is acting *qua* s. 96 judge, in which case the Federal Court of Appeal, by reason of the concluding words of the definition of "federal board, commission or other tribunal", would not have jurisdiction or whether he is acting *persona designata*, in which case, according to earlier jurisprudence, the Court would have jurisdiction.

Section 9(4) of the *Indian Act* empowers the judge of the Supreme Court, Superior Court, county or district court to enquire into certain decisions of the Registrar of the Department of Indian Affairs and Northern Development. The Registrar is in charge of the Indian Register. The name of every person who is entitled to be registered as an Indian is recorded in the Register. The name of every such person who is a member of a band is entered in the band list for that band. The *Indian Act* provides that the Registrar may at any time add to or delete from a Band List the name of any person who is entitled or not entitled, as the case may be, to have his name included in that list. Within three months after the name of a person has been deleted from a Band List the person whose name has been deleted may protest to the Registrar, who is obliged to cause an investigation to be made and to render a decision. Within three months from the date of a decision the person in respect of whom the protest was made may request the Registrar to refer the decision to a judge for review. In the Province of Prince Edward Island the referral is to a judge of the Supreme Court, in the Province of Quebec to a judge of the Superior Court and in any other province, to a judge of the

I

La question est de savoir d'une part si un juge qui exerce la compétence qu'il tient du par. 9(4) de la *Loi sur les Indiens* agit en sa qualité de juge visé à l'art. 96, auquel cas la Cour d'appel fédérale, en raison des derniers mots de la définition de l'expression «office, commission ou autre tribunal fédéral», n'a pas compétence, ou, d'autre part, s'il agit à titre de *persona designata*, auquel cas, suivant la jurisprudence antérieure, la Cour a compétence.

Le paragraphe 9(4) de la *Loi sur les Indiens* autorise le juge de la Cour suprême, de la Cour supérieure, de la cour de comté ou de district à enquêter sur certaines décisions du registraire du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. Le registraire est préposé au registre des Indiens. Le nom de chaque personne ayant droit d'être inscrite comme Indien est consigné dans le registre. Le nom de chacune de ces personnes qui est membre d'une bande est consigné sur la liste de bande pour la bande en question. La *Loi sur les Indiens* dispose que le registraire peut en tout temps ajouter à une liste de bande, ou en retrancher, le nom de toute personne qui a ou n'a pas droit, selon le cas, à l'inclusion de son nom dans cette liste. Dans les trois mois du retranchement du nom d'une personne d'une liste de bande, la personne dont le nom a été retranché peut adresser une protestation au registraire qui doit faire tenir une enquête et rendre une décision. Dans les trois mois de la date d'une décision, la personne à l'égard de qui la protestation a été faite peut demander au registraire de soumettre la décision à un juge pour révision. Dans la province de l'Ile-du-Prince-Édouard, la décision est déférée à un juge de la Cour suprême, dans la province de Québec à

county or district court of the county or district in which the band is situated or in which the person in respect of whom the protest was made resides, or of such other county or district as the Minister may designate. Section 9(4) of the *Indian Act* in its entirety reads:

(4) The judge of the Supreme Court, Superior Court, county or district court, as the case may be, shall inquire into the correctness of the Registrar's decision, and for such purposes may exercise all of the powers of a commissioner under Part I of the *Inquiries Act*; the judge shall decide whether the person in respect of whom the protest was made is, in accordance with this Act, entitled or not entitled, as the case may be, to have his name included in the Indian Register, and the decision of the judge is final and conclusive.

II

The facts are not in dispute. Sean Gerald Ranville and Danielle Winona Ranville were born to Myrelene Henderson, a registered Indian under the *Indian Act* on February 1, 1971 and September 24, 1972 respectively. Myrelene Henderson was unmarried at the time. Each child was registered as an Indian under the *Indian Act* and added to the Fort Alexander Band List in Manitoba. On March 2, 1974 Myrelene Henderson married the father of the children, Brian Gerald Ranville, a non-Indian. The Registrar thereupon deleted the names of the children from the Fort Alexander Band List stating as his reason that there was "no provision in the *Indian Act* for the registration of the legitimate children of non-Indian parents". Myrelene Henderson had lost her status as a registered Indian upon her marriage to a non-Indian and the Registrar applied s. 2(1) of the provincial *Legitimacy Act*, 1962 (Man.), c. 38 which provides that a person is legitimate from birth for all purposes of the law of Manitoba where his parents intermarry subsequent to his birth. The *Indian Act* does not define "legitimate" or "illegitimate" nor does it provide for the legitimation of a child by the marriage of its parents after its birth.

un juge de la Cour supérieure et, dans les autres provinces, à un juge de la cour de comté ou de district du comté ou district où la bande est située ou dans lequel réside la personne à l'égard de qui la protestation a été faite, ou de tel autre comté ou district que le Ministre peut désigner. Voici le texte intégral du par. 9(4) de la *Loi sur les Indiens*:

(4) Le juge de la Cour suprême, de la Cour supérieure, de la cour de comté ou de district, selon le cas, doit enquêter sur la justesse de la décision du registraire, et, à ces fins, peut exercer tous les pouvoirs d'un commissaire en vertu de la Partie I de la *Loi sur les enquêtes*. Le juge doit décider si la personne qui a fait l'objet de la protestation a ou n'a pas droit, selon le cas, d'après la présente loi, à l'inscription de son nom au registre des Indiens, et la décision du juge est définitive et péremptoire.

II

Les faits sont incontestés. Sean Gerald Ranville et Danielle Winona Ranville sont nés de Myrelene Henderson, une Indienne inscrite au sens de la *Loi sur les Indiens*, le 1er février 1971 et le 24 septembre 1972 respectivement. Myrelene Henderson était à l'époque célibataire. Les deux enfants ont été inscrits comme Indiens conformément à la *Loi sur les Indiens* et leurs noms ajoutés à la liste de la bande de Fort Alexander au Manitoba. Le 2 mars 1974, Myrelene Henderson a épousé le père des enfants, Brian Gerald Ranville, un non-Indien. Le registraire a alors retranché les noms des enfants de la liste de la bande de Fort Alexander, donnant pour motif qu' [TRADUCTION] «aucune disposition de la *Loi sur les Indiens* ne prévoit l'inscription des enfants légitimes de parents non indiens». Myrelene Henderson a perdu son statut d'Indienne inscrite en épousant un non-Indien et le registraire a appliqué le par. 2(1) de la loi provinciale intitulée la *Legitimacy Act*, 1962 (Man.), chap. 38, qui dispose qu'une personne est légitime dès sa naissance à toutes les fins du droit du Manitoba lorsque ses parents se marient ensemble après sa naissance. La *Loi sur les Indiens* qui ne définit ni le mot «légitime» ni le mot «illégitime», ne prévoit pas non plus la légitimation d'un enfant par le mariage de ses parents après sa naissance.

Myrelene Henderson protested to the Registrar the deletion of her children from the Band List. The Registrar affirmed his decision to delete the children and Myrelene Henderson requested that the decision be referred to a judge for review pursuant to s. 9(3) of the *Indian Act*.

County Court Judge Hudson, basing himself in large part upon this Court's decision in *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751, reversed the Registrar's decision and found that the children were entitled to have their names included on the Band List.

The Minister of Indian Affairs and Northern Development applied for review of the decision of Judge Hudson to the Federal Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act*. Heald J., speaking for the Court, in short reasons, dismissed the application for lack of jurisdiction. He held that Judge Hudson was not acting *persona designata*. His decision could not therefore be reviewed by the Federal Court of Appeal as a decision of a "federal board, commission or other tribunal". Mr. Justice Heald said:

> The decisions of the Supreme Court of Canada in *Herman et al vs. The Deputy Attorney General of Canada*, (1978 DTC. 6456) and in *The Minister of National Revenue vs. Coopers and Lybrand* (1979 SCR 495) have imposed an obligation on a party alleging that a Judge is acting pursuant to a statutory provision in the special capacity of *persona designata* of finding in the statute specific provisions that such is the case (see the Herman case, supra, per Dickson, J. at p. 6462 and Laskin, C.J. at p. 6466).

The test formulated in *Herman v. Deputy Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 729, was as follows (at p. 749):

> *Prima facie*, Parliament should be taken to intend a judge to act *qua* judge whenever by statute it grants powers to a judge. He who alleges that a judge is acting in the special capacity of *persona designata* must find in the specific legislation provisions which clearly evidence a contrary intention on the part of Parliament. The test to be applied in considering whether such a contrary

Myrelene Henderson a adressé au registraire une protestation contre le retranchement de ses enfants de la liste de bande. Le registraire a confirmé sa décision et Myrelene Henderson a demandé que celle-ci soit soumise à un juge pour révision conformément au par. 9(3) de la *Loi sur les Indiens*.

Le juge Hudson de la Cour de comté, qui s'est fondé en grande partie sur l'arrêt de cette Cour *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751, a infirmé la décision du registraire et conclu que les enfants avaient droit à l'inclusion de leurs noms sur la liste de bande.

Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien a présenté à la Cour d'appel fédérale, en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, une demande d'examen de la décision du juge Hudson. Dans de brefs motifs exposés au nom de la Cour, le juge Heald a rejeté la demande pour défaut de compétence. Il a conclu que le juge Hudson n'agissait pas à titre de *persona designata*. Sa décision n'était donc pas susceptible d'examen par la Cour d'appel fédérale comme s'il s'était agi d'une décision rendue par «un office, une commission ou un autre tribunal fédéral». Le juge Heald dit:

> Selon les arrêts *Herman et autres c. le Sous-procureur général du Canada*, (1978 D.T.C. 6456) et *Le ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand* (1979 R.C.S. 495) de la Cour suprême, il incombe à la partie alléguant qu'un juge fait fonction de *persona designata* par application d'un texte de loi de relever dans le texte cité les dispositions spécifiques qui étayent cette allégation. (Voir l'arrêt *Herman*, *supra*, jugement du juge Dickson à la page 6462, et du juge en chef Laskin à la page 6466).

Voici le critère formulé dans l'arrêt *Herman c. Sous-procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 729 (à la p. 749):

> A première vue, dès qu'une loi confère des pouvoirs à un juge, il faut considérer que l'intention du Parlement est que ce juge agisse à titre de juge. Celui qui prétend qu'un juge agit à titre de *persona designata* doit trouver dans la loi particulière des dispositions qui prouvent clairement une intention contraire du Parlement. Le critère applicable pour déterminer si la loi pertinente

intention appears in the relevant statute can be cast in the form of a question: is the judge exercising a peculiar, and distinct, and exceptional jurisdiction, separate from and unrelated to the tasks which he performs from day-to-day as a judge, and having nothing in common with the court of which he is a member?

The Federal Court of Appeal found no specific provision in the relevant sections of the *Indian Act* to indicate that Judge Hudson was acting as a *persona designata.*

The appellant Minister argues that Judge Hudson was indeed acting as a *persona designata* and points to an *obiter dicta* of Beetz J. in *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare, supra,* to the effect that a county or district court judge acting pursuant to ss. 5 to 10 of the *Indian Act* is acting as a *persona designata.* The appellant then attempts to make s. 9(4) of the *Indian Act* conform to the test set out in *Herman.* The respondent, on the other hand, simply argues that the test set out in *Herman* is not met in this case.

III

The introduction of the concept of *persona designata* has the effect of cutting down the exclusionary language of s. 2(*g*) of the *Federal Court Act* and, as the Chief Justice has noted in *Herman* is responsible for the futile "interpretative exercises" into which the courts have been dragged. In attempting to catch s. 96 judges under the first part of the s. 2(*g*) definition by characterizing them as *persona designata* counsel are distorting the plain meaning of the section and obscuring its purpose. As I stated in *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand,* [1979] 1 S.C.R. 495 (at p. 509):

A judge does not become *persona designata* merely through the exercise of powers conferred by a statute other than the provincial *Judicature Act* or its counterpart. Given its widest sweep, s. 28 could make subject to review by the Federal Court of Appeal, decisions or orders of provincial federally-appointed judges, pursuant

fait ressortir une intention contraire peut se formuler comme une question: le juge exerce-t-il une compétence particulière, distincte, exceptionnelle et indépendante de ses tâches quotidiennes de juge, et qui n'a aucun rapport avec la cour dont il est membre?

La Cour d'appel fédérale n'a relevé dans les articles pertinents de la *Loi sur les Indiens* aucune disposition spécifique qui indique que le juge Hudson a agi à titre de *persona designata.*

Le Ministre appelant soutient que le juge Hudson a bel et bien agi à titre de *persona designata* et invoque à l'appui de cet argument une opinion incidente du juge Beetz dans l'arrêt *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, précité, dont le sens est qu'un juge d'une cour de comté ou de district qui agit en vertu des art. 5 à 10 de la *Loi sur les Indiens* le fait à titre de *persona designata.* Puis l'appelant essaie d'appliquer au par. 9(4) de la *Loi sur les Indiens* le critère énoncé dans l'arrêt *Herman.* Les intimés, par contre, font simplement valoir que la présente espèce ne satisfait pas à ce critère.

III

L'introduction du concept de *persona designata* a eu pour effet d'apporter une restriction à l'exclusion que contient le par. 2*g*) de la *Loi sur la Cour fédérale* et, comme l'a fait remarquer le Juge en chef dans l'arrêt *Herman*, elle est à l'origine des «exercices d'interprétation» futiles que les cours se sont vu imposer. Par leur tentative d'appliquer la première partie de la définition qui se trouve au par. 2*g*) aux juges visés à l'art. 96 en les qualifiant de *persona designata*, les avocats déforment le sens manifeste de l'article et le détournent de son objet. Je répète ce que j'ai dit dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495 (à la p. 509):

Un juge ne devient pas *persona designata* du simple fait qu'il exerce des pouvoirs conférés par une loi autre que la loi provinciale régissant la magistrature ou son équivalent. Si l'on donnait à l'art. 28 la portée la plus large, les décisions ou ordonnances de juges provinciaux nommés par le fédéral, rendues conformément à des lois

to such federal enactments as the *Criminal Code*, the *Divorce Act* or the *Bills of Exchange Act*. That could not have been intended.

It would seem to have been the will of Parliament, in enacting the concluding words of the relevant paragraph of s. 2 of the *Federal Court Act*, that ordinarily the acts of federally-appointed provincial judges, pursuant to authority given to them by federal statutes, will not be subject to supervision by the Federal Court of Appeal.

I was rather of the opinion that this troublesome notion of *persona designata* had been given its quietus in the recent *Herman* decision. The Chief Justice's aversion in *Herman* to the concept of *persona designata* could not have been more evident (at pp. 731-32):

> . . . it is high time to relieve the Courts of the interpretative exercises that have been common in this country when they think that a decision has to be made whether a statutory jurisdiction has been vested in a Judge *qua* Judge or as *persona designata*. More than fifty years ago, D. M. Gordon, one of Canada's outstanding scholarly practitioners, wrote in the Canadian Bar Review (see (1927), 5 Can. Bar Rev. 174, at p. 185) that "the whole *persona designata* conception could be scrapped without the slightest inconvenience or the least distortion of legal principles". I agree completely with this sentiment.

In the test formulated in *Herman* I endeavoured to confine the notion of *persona designata* to the most exceptional circumstances. The Federal Court of Appeal and the provincial courts which have had to deal with the notion since the *Herman* decision have grasped how exceptional recourse to *persona designata* must be. So far as I am aware, in applying the test in *Herman*, no federally-appointed judge has yet been found to be a *persona designata* (see *Reference re Residential Tenancies Act* (1980), 26 O.R. (2d) 609 (Ont. C.A.); *Williams v. R. in Right of Canada*, [1981] 1 W.W.R. 606 (B.C.C.A.); *Collins v. The Queen*, [1980] 1 F.C. 146 (F.C.A.); *Equipements Rocbec Inc. v. Ministre du Revenu national*, [1980] C.S. 1089 (Que. S.C.); *Re Cataract Ice Ltd. and B.P. Oil Ltd.* (1981), 31 O.R. (2d) 644 (Ont. H.C.)). Counsel for the appellant did not provide the

fédérales comme le *Code criminel*, la *Loi sur le divorce* ou la *Loi sur les lettres de change*, seraient soumises à l'examen de la Cour d'appel fédérale. Ce ne peut être le but de cet article.

Il semble qu'en édictant les derniers mots de l'alinéa pertinent de l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, le Parlement ait voulu qu'ordinairement, les actes des juges provinciaux nommés par le fédéral, conformément aux pouvoirs qui leur sont conférés par des lois fédérales, soient soustraits au pouvoir de surveillance de la Cour d'appel fédérale.

Je croyais qu'on avait sonné le glas de cette notion épineuse de *persona designata* dans le récent arrêt *Herman*. Le Juge en chef y a exprimé on ne peut plus clairement son aversion pour le concept de *persona designata* (aux pp. 731 et 732):

> . . . il est grand temps de relever les tribunaux des exercices d'interprétation qu'ils s'imposent couramment dans ce pays, lorsqu'ils estiment qu'il y a lieu de se demander si une loi confère à un juge une compétence en sa qualité de juge ou à titre de *persona designata*. Il y a plus de cinquante ans, D. M. Gordon, un des praticiens canadiens les plus éminents et érudits, a écrit dans la Revue du Barreau canadien (voir (1927), 5 R. du B. Can. 174, à la p. 185) que [TRADUCTION] «tout le concept de *persona designata* pourrait être écarté sans le moindre inconvénient ni la moindre déformation des principes juridiques». Je suis en complet accord avec ce point de vue.

Dans le critère formulé dans l'arrêt *Herman*, j'ai essayé de limiter la notion de *persona designata* aux circonstances les plus exceptionnelles. La Cour d'appel fédérale ainsi que les cours provinciales qui ont eu à l'examiner depuis l'arrêt *Herman*, ont saisi jusqu'à quel point le recours à la notion de *persona designata* doit être exceptionnel. Pour autant que je sache, aucun juge nommé par le fédéral n'a jusqu'à présent été considéré comme *persona designata* de par l'application du critère énoncé dans l'arrêt *Herman* (voir *Reference re Residential Tenancies Act* (1980), 26 O.R. (2d) 609 (C.A. Ont.); *Williams v. R. in Right of Canada*, [1981] 1 W.W.R. 606 (C.A. C.-B.); *Collins c. La Reine*, [1980] 1 C.F. 146 (C.A.F.); *Équipements Rocbec Inc. c. Ministre du Revenu national*, [1980] C.S. 1089 (C.S. Qué.); *Re Cataract Ice Ltd. and B.P. Oil Ltd.* (1981), 31 O.R.

Court with any cases to the contrary.

Counsel for the appellant tried to bolster his contention that Judge Hudson was acting as a *persona designata* by reference to the *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349, and to the *Natural Parents* decision. Both of these cases, however, were decided before *Herman*. Mr. Justice Ritchie and Mr. Justice Beetz, upon whose reasons the appellant relies, both concurred in my reasons in *Herman*. I agree with Mr. Justice Steele in *Re Cataract Ice Ltd., supra*, that "*Re Herman* has changed the entire approach to the issue of when a Judge sits *persona designata* and when he sits as a member of the Court" (at p. 646).

I am in respectful agreement with the opinion of the Federal Court of Appeal that the appellant has not met the test in *Herman*. He is not exercising any exceptional jurisdiction unrelated to his ordinary capacity. A *persona designata* does not have the authority to act by substitute, yet in the present appeal Chief Judge Coo of the County Court of York, to whom the Registrar originally referred the inquiry into the correctness of the Registrar's decision, substituted Judge Hudson and appointed him to conduct the review. I also agree that a judge acting pursuant to s. 9(4) of the *Indian Act* sits in an appellate capacity. The fact that he is empowered to exercise all of the powers of a Commissioner under Part I of the *Inquiries Act* is not such as to make him *persona designata* under the test in *Herman*. I would go further.

Although originally in favour of permitting some latitude for the play of *persona designata* in the operation of s. 2 (*g*) of the *Federal Court Act*, in the hope of reconciling fairly recent judicial pronouncements, I am now of the view that the concept is a source of more confusion than enlightenment. As I pointed out in *Herman* (at pp. 741-42):

(2d) 644 (H.C. Ont.)). L'avocat de l'appelant n'a signalé à la Cour aucun arrêt en sens contraire.

L'avocat de l'appelant a tenté de renforcer son argument que le juge Hudson agissait à titre de *persona designata* en invoquant l'arrêt *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349, ainsi que l'arrêt *Parents naturels*. Il s'agit toutefois dans les deux cas d'arrêts antérieurs à l'arrêt *Herman*. Les juges Ritchie et Beetz, sur les motifs desquels l'appelant s'appuie, ont tous les deux souscrit à mes motifs dans l'arrêt *Herman*. Je suis d'accord avec le juge Steele qui dit dans l'affaire *Re Cataract Ice Ltd.*, précitée, que [TRADUCTION] «l'arrêt *Herman* a changé complètement la façon d'aborder la question de savoir quand un juge siège à titre de *persona designata* et quand il siège en tant que membre de la Cour» (à la p. 646).

Avec égards, je partage l'avis de la Cour d'appel fédérale que l'appelant n'a pas satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *Herman*. Il n'exerce pas une compétence exceptionnelle n'ayant aucun rapport avec ses fonctions ordinaires. Une *persona designata* n'est pas autorisée à agir par l'entremise d'un remplaçant, or, dans la présente affaire le juge en chef Coo de la Cour de comté de York, à qui le registraire avait d'abord déféré l'enquête sur la justesse de sa décision, s'est fait remplacer par le juge Hudson, le chargeant de la tenue de l'enquête. Je suis également d'accord avec la proposition qu'un juge qui agit en vertu du par. 9(4) de la *Loi sur les Indiens* siège en tant que juge d'appel. Ce n'est pas parce qu'il est autorisé à exercer tous les pouvoirs d'un commissaire visé à la Partie I de la *Loi sur les enquêtes*, qu'il devient *persona designata* suivant le critère formulé dans l'arrêt *Herman*. J'irais d'ailleurs plus loin.

Bien que j'aie initialement été en faveur de laisser un certain jeu au concept de *persona designata* dans l'application du par. 2*g*) de la *Loi sur la Cour fédérale*, dans l'espoir de concilier des décisions judiciaires relativement récentes, je suis maintenant d'avis que ce concept est davantage de nature à semer la confusion qu'à éclairer. Comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Herman* (aux pp. 741 et 742):

From a reading of s. 2(*g*) of the Act one could readily draw the conclusion that it was the intention of Parliament that no decision of a federally-appointed judge of a provincial court would be subject to the review jurisdiction of the Federal Court of Appeal, nor subject to the jurisdiction of the Trial Division under s. 18, which is similarly restricted to any federal board, commission or other tribunal.

It is this reading of s. 2(*g*), free of the ingerence of the notion of *persona designata*, which was espoused by the Chief Justice in *Herman*. I am now of the opinion that the words of the Chief Justice in *Herman* should be adopted and I would declare that whenever a statutory power is conferred upon a s. 96 judge or officer of a court, the power should be deemed exercisable in an official capacity as representing the court, unless there is express provision to the contrary.

I am not unmindful of the fact that this decision conflicts with the majority view expressed by Pigeon J. in *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228, especially at pp. 237-38 (Abbott, Judson, Spence and Laskin JJ. dissenting). The traditional justification for the *stare decisis* principle is certainty in the law. This of course remains an important consideration even though this Court has announced its willingness, for compelling reasons, to overturn a prior decision. See *Re Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198, at p. 212; *Binus v. The Queen*, [1967] S.C.R. 594, at p. 601; *Peda v. The Queen*, [1969] S.C.R. 905, at p. 911; *Barnett v. Harrison*, [1976] 2 S.C.R. 531, at p. 559; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141, at p. 161; *A.V.G. Management Science Ltd. v. Barwell Developments Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 43, at p. 57; *Bell v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 212, at pp. 219-20. Cases which might be cited in which earlier decisions of the Court were overruled are: *Paquette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 189, at p. 197 overruling *Dunbar v. The King* (1936), 67 C.C.C. 20 (S.C.C.); *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654, at p. 661 overruling *Farwell v. The Queen* (1894),

On peut facilement conclure, à la simple lecture du par. 2*g*) de la Loi, que le Parlement avait l'intention de soustraire les décisions d'un juge de cour provinciale nommé par le fédéral au contrôle judiciaire de la Cour d'appel fédérale ainsi qu'à la compétence de la Division de première instance aux termes de l'art. 18 (dont l'application est aussi restreinte à tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral).

C'est cette interprétation du par. 2*g*), indépendante de la notion de *persona designata*, qu'a épousée le Juge en chef dans l'arrêt *Herman*. Je suis maintenant d'avis qu'il convient d'adopter la position du Juge en chef dans cet arrêt-là et je déclare que chaque fois qu'une loi confère un pouvoir à un juge ou à un fonctionnaire d'une cour visés à l'art. 96, il doit être considéré comme un pouvoir qui peut être exercé par ce juge ou ce fonctionnaire en sa qualité officielle de représentant de la cour, à moins d'une disposition expresse en sens contraire.

Je ne suis pas sans savoir que ce point de vue est inconciliable avec l'avis de la majorité exprimé par le juge Pigeon dans l'arrêt *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228, particulièrement aux pp. 237 et 238 (les juges Abbott, Judson, Spence et Laskin étaient dissidents). Le principe du *stare decisis* se justifie traditionnellement par la certitude qu'elle apporte au droit. Cela demeure évidemment une considération importante, même si cette Cour s'est dite prête à renverser un arrêt antérieur, lorsqu'il y a des motifs sérieux de le faire. Voir les arrêts *Re Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198, à la p. 212; *Binus c. The Queen*, [1967] R.C.S. 594, à la p. 601; *Peda c. The Queen*, [1969] R.C.S. 905, à la p. 911; *Barnett c. Harrison*, [1976] 2 R.C.S. 531, à la p. 559; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, à la p. 161; *A.V.G. Management Science Ltd. c. Barwell Developments Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 43, à la p. 57; *Bell c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 212, aux pp. 219 et 220. Voici des arrêts renversant des arrêts antérieurs de la Cour: *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189, à la p. 197 renversant l'arrêt *Dunbar c. The King* (1936), 67 C.C.C. 20 (C.S.C.); *McNamara Construction (Western) Ltd.*

22 S.C.R. 553; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811, at p. 830.

In this instance adherence to the *stare decisis* principle would generate more uncertainty than certainty. The *Herman* case decided that *persona designata* status would be recognized only in exceptional circumstances. This, however, leaves open to debate just how exceptional the circumstances are in a particular case. Thus, continued recognition of the distinction approved by this Court in *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez, supra*, can only have the effect of creating doubt as to which review or appeal route a party should follow. The judge-made concept of *persona designata*, so far as I can determine, serves no useful purpose in the present context, and can readily be jettisoned without prejudice to legal principle. Having regard to the clear and unambiguous language of s. 2(*g*) of the *Federal Court Act*, "other than [. . .] any [. . .] person [. . .] appointed [. . .] under section 96 of *The British North America Act, 1867*", I am of the opinion that the proper course is fidelity to the statutory language as evidence of legislative intention.

I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Ritchie and Beetz JJ. were delivered by

RITCHIE J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared for delivery by Mr. Justice Dickson in this case and I agree with him in concluding that the appeal should be dismissed with costs and that the test formulated in *Herman v. Deputy Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 729, at p. 749 has not been met.

I am also in full agreement with my brother Dickson in the views which he expresses in the penultimate paragraph of his reasons for judgment to the effect that the principle of *stare decisis* remains an important consideration in this Court even though it has announced its willingness to overturn a prior decision. In this regard I subscribe to what was said by Cartwright J. (as he then was) in *Binus v. The Queen*, [1967] S.R.C. 594, at p. 601 in the following terms:

*c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654, à la p. 661 renversant *Farwell c. The Queen* (1894), 22 R.C.S. 553; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811, à la p. 830.

En l'espèce, suivre le principe du *stare decisis* créerait plus d'incertitude que de certitude. L'arrêt *Herman* établit que le statut de *persona designata* ne sera reconnu que dans des circonstances exceptionnelles. Cela ne tranche toutefois pas la question de savoir si, dans une affaire donnée, les circonstances ont un caractère suffisamment exceptionnel. Il s'ensuit qu'en continuant à reconnaître la distinction approuvée par cette Cour dans l'arrêt *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, précité, on ne peut que laisser planer des doutes quant à la procédure de contrôle ou d'appel qu'une partie doit suivre. A ce que je peux déterminer, le concept jurisprudentiel de *persona designata* n'a pas d'utilité dans le contexte actuel et on peut facilement l'abandonner sans porter atteinte à un principe juridique. Eu égard à la formulation claire et non équivoque du par. 2*g*) de la *Loi sur la Cour fédérale*, «à l'exclusion [. . .] des personnes nommées [. . .] en vertu de l'article 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*», j'estime qu'il convient de s'en tenir aux termes de la Loi comme preuve de l'intention du législateur.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Ritchie et Beetz rendus par

LE JUGE RITCHIE—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés en l'espèce par le juge Dickson et, comme lui, je conclus que le pourvoi doit être rejeté avec dépens et que l'on n'a pas satisfait au critère formulé dans l'arrêt *Herman c. Sous-procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 729, à la p. 749.

En outre, j'abonde dans le sens de mon collègue le juge Dickson lorsqu'il dit en substance à l'avant-dernier alinéa de ses motifs de jugement que le principe du *stare decisis* demeure une considération importante en cette Cour, même si celle-ci s'est dite prête à écarter un arrêt antérieur. A cet égard, je souscris aux propos du juge Cartwright, alors juge puîné, dans l'arrêt *Binus c. The Queen*, [1967] R.C.S. 594, à la p. 601:

I do not doubt the power of this Court to depart from a previous judgment of its own but, where the earlier decision has not been made *per incuriam*, and especially in cases in which Parliament or the Legislature is free to alter the law on the point decided, I think that such a departure should be made only for compelling reasons.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: R. Tassé, Ottawa.*

*Solicitor for the respondents: William T. Badcock, Ottawa.*

[TRADUCTION] Je ne doute pas que cette Cour a le pouvoir de s'écarter de l'un de ses propres arrêts antérieurs, mais, lorsqu'il ne s'agit pas d'un arrêt rendu *per incuriam*, et surtout dans les cas où le Parlement ou la législature a toute liberté de modifier la loi en ce qui a trait à la question tranchée, j'estime qu'on ne doit ainsi s'écarter d'un arrêt antérieur que pour des motifs sérieux.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur de l'appelant: R. Tassé, Ottawa.*

*Procureur des intimés: William T. Badcock, Ottawa.*

**G & N School Bus Service Inc.** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

---

**Dimitrios Minitsos** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

File No.: 15720.

1982: October 4.

Present: Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Criminal negligence in operation of motor vehicle — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 233(1)(a).*

APPEALS from a judgment of the Court of Appeal of Quebec, dated May 23, 1979, dismissing appellants' appeals from their conviction on a charge of criminal negligence in the operation of a motor vehicle. Appeals dismissed.

*Judah Wolofsky*, for the appellants.

*Gontran Chamard*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

RITCHIE J.—We are all of the view that the Court of Appeal of Quebec did not err in finding that the trial judge properly convicted the accused of criminal negligence in the operation of a motor vehicle.

The appeals are accordingly dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellants: Judah Wolofsky, Montreal.*

*Solicitor for the respondent: Gontran Chamard, Montreal.*

**G & N School Bus Service Inc.** *Appelante*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

---

**Dimitrios Minitsos** *Appelant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

N° du greffe: 15720.

1982: 4 octobre.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Négligence criminelle dans la mise en service d'un véhicule à moteur — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 233(1)a).*

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, en date du 23 mai 1979, qui a rejeté les appels des appelants à l'encontre de la déclaration de culpabilité prononcée contre eux relativement à une accusation de négligence criminelle dans la mise en service d'un véhicule à moteur. Pourvois rejetés.

*Judah Wolofsky*, pour les appelants.

*Gontran Chamard*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE RITCHIE—Nous sommes tous d'avis que la Cour d'appel du Québec n'a commis aucune erreur en décidant que le juge de première instance a, à bon droit, déclaré les accusés coupables de négligence criminelle dans la mise en service d'un véhicule à moteur.

En conséquence, les pourvois sont rejetés.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur des appelants: Judah Wolofsky, Montréal.*

*Procureur de l'intimée: Gontran Chamard, Montréal.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*;

and

**Rudolf Rolf Hagenlocher** *Respondent.*

File No.: 16907.

1982: October 5.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Criminal law — Convictions — Respondent convicted of manslaughter and of unlawfully setting a fire — Both convictions arising out of the same incident — Kienapple principle applied and secondary offence of unlawfully setting a fire set aside.*

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1981), 65 C.C.C. (2d) 101, allowing an appeal from the sentences imposed by Hunt J. and setting aside the conviction and sentence on the secondary charge. Appeal dismissed.

*J. Montgomery, Q.C.*, for the appellant.

*David Margolis* and *Kenneth Zaifman*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We do not need to hear you, Mr. Margolis and Mr. Zaifman. We are all of the opinion that the conclusions reached by the majority judgment of the Manitoba Court of Appeal in applying the *Kienapple* principle were correct and hence this appeal must accordingly be dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Deputy Attorney-General of Manitoba, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: David Margolis, Winnipeg.*

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*;

et

**Rudolf Rolf Hagenlocher** *Intimé.*

N° du greffe: 16907.

1982: 5 octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Droit criminel — Déclarations de culpabilité — L'intimé a été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable et d'avoir causé illégalement un incendie — Les deux déclarations de culpabilité découlent du même événement — Application du principe de l'arrêt Kienapple et rejet de la déclaration de culpabilité relative à l'infraction secondaire d'avoir causé illégalement un incendie.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1981), 65 C.C.C. (2d) 101, qui a accueilli un appel à l'encontre des sentences imposées par le juge Hunt et infirmé la déclaration de culpabilité et la sentence relatives à l'accusation secondaire. Pourvoi rejeté.

*J. Montgomery, c.r.*, pour l'appelante.

*David Margolis* et *Kenneth Zaifman*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Il n'est pas nécessaire de vous entendre Me Margolis et Me Zaifman. Nous sommes tous d'avis que les conclusions de l'arrêt rendu à la majorité par la Cour d'appel du Manitoba, relativement à l'application du principe *Kienapple* sont exactes. En conséquence, le présent pourvoi doit être rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelante: Le sous-procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

*Procureur de l'intimé: David Margolis, Winnipeg.*

**Sheldon Clyde Robar** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*;

and

**The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General for Saskatchewan and the Attorney General for Alberta** *Interveners.*

File No.: 16397.

1982: October 6.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF NOVA SCOTIA

*Constitutional law — Criminal law — Whether provincial enactment re obstructing a peace officer intra vires — Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, c. 163, s. 205 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, s. 118.*

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1980), 43 N.S.R. (2d) 17, 81 A.P.R. 17, finding s. 205 of the *Lands and Forests Act intra vires* of the provincial legislature. Appeal dismissed.

*Albert E. Bremner*, for the appellant.

*David G. Giovannetti* and *Robert Lutes*, for the respondent.

*Carol Creighton, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Jean-K. Samson* and *Odette Laverdière*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*J. T. Keith McCormick*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

*Gregory G. Blue*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*William Henkel, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

**Sheldon Clyde Robar** *Appelant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*;

et

**Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Saskatchewan et le procureur général de l'Alberta** *Intervenants.*

N° du greffe: 16397.

1982: 6 octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Droit constitutionnel — Droit criminel — La disposition qui définit l'infraction d'entrave à un agent de la paix est-elle de la compétence de la province? — Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, chap. 163, art. 205 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. 34 et modifications, art. 118.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1980), 43 N.S.R. (2d) 17, 81 A.P.R. 17, qui a conclu que l'art. 205 de la *Lands and Forests Act* est *intra vires* de la compétence de la législature de la province. Pourvoi rejeté.

*Albert E. Bremner*, pour l'appelant.

*David G. Giovannetti* et *Robert Lutes*, pour l'intimée.

*Carol Creighton, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Jean-K. Samson* et *Odette Laverdière*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*J. T. Keith McCormick*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Gregory G. Blue*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*William Henkel, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We do not need to hear counsel for the respondent or counsel for the interveners. We are all of the opinion that the majority of the Nova Scotia Court of Appeal was correct in its conclusion that s. 205 of the *Lands and Forests Act* of Nova Scotia is valid provincial legislation and not superseded or rendered inoperative by s. 118 of the *Criminal Code*. This appeal must accordingly be dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Albert E. Bremner, Bridgewater.*

*Solicitor for the respondent: David G. Giovannetti, Halifax.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General for Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean-K. Samson and Odette Laverdière, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: J. T. Keith McCormick, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Richard Gosse, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: R. W. Paisley, Edmonton.*

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Il n'est pas nécessaire d'entendre le procureur de l'intimée ni ceux des intervenants. Nous sommes tous d'avis que c'est à bon droit que la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu à la majorité que l'art. 205 de la *Lands and Forests Act* de la Nouvelle-Écosse est une disposition législative provinciale valide qui n'est pas annulée ou rendue inopérante par l'art. 118 du *Code criminel*. En conséquence, le présent pourvoi doit être rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelant: Albert E. Bremner, Bridgewater.*

*Procureur de l'intimée: David G. Giovannetti, Halifax.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean-K. Samson et Odette Laverdière, Ste-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: J. T. Keith McCormick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Richard Gosse, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: R. W. Paisley, Edmonton.*

**Dovenmuehle, Inc.** *Appellant*;

and

**The Rocca Group Inc.** *Respondent.*

File No.: 16684.

1982: October 7.

Present: Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

*Judgments and orders — Enforcement of foreign judgment — Validity of foreign judgment dependant on respondent's voluntarily submitting to its jurisdiction — Motion to dismiss for want of jurisdiction only procedure available in foreign court to a party not submitting to its jurisdiction — Motion dismissed and default judgment later issued — Whether or not respondent's action sufficient to warrant foreign judgment not being enforced — Foreign Judgments Act, R.S.N.B. 1973, c. F-19, s. 2(c)(ii).*

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1981), 34 N.B.R. (2d) 444, 85 A.P.R. 444, allowing an appeal from a judgment of Barry J. allowing appellant's action to enforce a foreign judgment. Appeal dismissed.

*T. B. Drummie, Q.C.* and *D. P. Pappas, Q.C.*, for the appellant.

*Mark Giberson*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

DICKSON J.—It will not be necessary to call upon you Mr. Giberson. We adopt the following passage from the judgment of the Court of Appeal of New Brunswick at page 439 of the case:

In my opinion, the Act must be interpreted as would any other New Brunswick statute. Having regard to the plain meaning of the words of s. 2(c)(ii) of the Act, I think there can be no doubt that, as a matter of New Brunswick law, the appearance entered and the motion made by counsel for Rocca in the Illinois Court cannot be said to have been made "without protest" as contem-

**Dovenmuehle, Inc.** *Appelante*;

et

**The Rocca Group Inc.** *Intimée.*

N° du greffe: 16684.

1982: 7 octobre.

Présents: Les juges Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

*Jugements et ordonnances — Exécution d'un jugement étranger — Validité d'un jugement étranger fonction de la reconnaissance volontaire par l'intimée de la compétence du tribunal étranger — La requête en rejet pour défaut de compétence est la seule procédure offerte, dans un tribunal étranger, à une partie qui ne reconnaît pas sa compétence — Rejet de la requête et jugement par défaut prononcé par la suite — L'action de l'intimée est-elle suffisante pour justifier que le jugement étranger ne soit pas exécuté? — Loi sur les jugements étrangers, S.R.N.-B. 1973, chap. F-19, art. 2c)(ii).*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1981), 34 N.B.R. (2d) 444, 85 A.P.R. 444, qui a accueilli un appel d'un jugement du juge Barry qui avait accueilli l'action de l'appelante en exécution d'un jugement étranger. Pourvoi rejeté.

*T. B. Drummie, c.r.* et *D. P. Pappas, c.r.*, pour l'appelante.

*Mark Giberson*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE DICKSON—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre Me Giberson. Nous adoptons le passage suivant de l'arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, figurant à la page 439 du dossier:

[TRADUCTION] A mon avis, la Loi doit être interprétée de la même manière que les autres lois du Nouveau-Brunswick. Quant à la signification exacte des termes utilisés au sous-al. 2c)(ii) de la Loi, j'estime qu'il est indubitable que, d'après la loi du Nouveau-Brunswick, la comparution et le dépôt d'une requête par le procureur de Rocca au tribunal de l'Illinois ne peuvent être

plated by that section of the Act, and that Rocca's appearance entered in the Illinois Court merely to protest the jurisdiction of that Court did not amount to its voluntary submission to that Court's jurisdiction.

The appeal is accordingly dismissed with costs.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Clark, Drummie & Company, Saint John.*

*Solicitors for the respondent: Palmer, O'Connell, Leger, Turnbull & Turnbull, Saint John.*

considérés comme ayant eu lieu «sans contester la compétence du tribunal» au sens de cette disposition de la Loi et que la comparution de Rocca au tribunal de l'Illinois en vue tout simplement de contester la compétence de ce tribunal n'équivaut pas à en reconnaître volontairement la compétence.

En conséquence, le pourvoi est rejeté avec dépens.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelante: Clark, Drummie & Company, Saint-Jean.*

*Procureurs de l'intimée: Palmer, O'Connell, Leger, Turnbull & Turnbull, Saint-Jean.*

**Shell Oil Company** *Appellant*;

and

**The Commissioner of Patents** *Respondent.*

File No.: 16392.

1982: March 30, 31; 1982: November 2.

Present: Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Patents — Invention — Chemical compounds mixed with adjuvant — Discovery of a new use for old compounds — Compositions containing new compounds — Claim on compositions — Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, ss. 2, 36, 41.*

Appellant applied for a patent on certain chemical compositions comprising chemical compounds mixed with an adjuvant. The "invention" was the discovery of the usefulness of the compounds, old and new, as plant growth regulators. The Examiner rejected appellant's application and the Commissioner of Patents and the Federal Court of Appeal upheld his decision. This appeal raised several questions, among them, (1) whether a new use for an old compound is patentable; (2) whether appellant can opt for a patent on the compositions instead of on the new compounds and (3) whether a claim on the compositions violates s. 36 of the *Patent Act*.

*Held*: The appeal should be allowed.

Appellant's idea of applying old compounds to a new use—one capable of practical application and of undisputed commercial value—was an invention within the meaning of s. 2 of the *Patent Act*. Nothing in the Act, including s. 36, precluded a claim for these compositions which are the practical embodiment of the new knowledge.

The claim for the compositions containing new compounds was also patentable. The patenting of the compounds only would not give appellant protection for its idea of using compounds having a particular chemical structure as plant growth regulators. The mixture of the compounds with the appropriate adjuvants was necessary in order to embody the idea in practical form. Therefore, there was an inventive step involved in

**Shell Oil Company** *Appelante*;

et

**Le Commissaire des brevets** *Intimé.*

N° du greffe: 16392.

1982: 30, 31 mars; 1982: 2 novembre.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Brevets — Invention — Composés chimiques mélangés à un adjuvant — Découverte d'un usage nouveau à des composés déjà connus — Compositions faites de composés nouveaux — Revendication portant sur les compositions — Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 2, 36, 41.*

L'appelante a demandé un brevet pour certaines compositions chimiques comportant des composés chimiques mélangés à un adjuvant. L'«invention» consiste en la découverte de l'utilité de ces composés, connus et nouveaux, comme régulateurs de la croissance végétale. L'examinateur a rejeté la demande de l'appelante et le commissaire des brevets et la Cour d'appel fédérale ont confirmé sa décision. Le présent pourvoi soulève plusieurs questions, dont: (1) celle de savoir si un usage nouveau d'un composé déjà connu est brevetable, (2) celle de savoir si l'appelante a le choix de demander un brevet sur les compositions plutôt que sur les composés nouveaux et (3) celle de savoir si la revendication des compositions contrevient à l'art. 36 de la *Loi sur les brevets*.

*Arrêt*: Le pourvoi est accueilli.

L'idée de l'appelante de trouver un usage nouveau à des composés déjà connus — qui est réalisable en pratique et a une valeur commerciale indéniable — est une invention au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*. Rien dans la Loi, pas même l'art. 36, n'interdit de formuler une revendication visant ces compositions qui constituent la réalisation pratique d'une connaissance nouvelle.

La revendication relative aux compositions de composés nouveaux est aussi brevetable. L'octroi d'un brevet quant aux composés uniquement ne confèrerait pas suffisamment de protection à l'appelante pour l'idée d'utiliser des composés dotés d'une structure chimique particulière en tant que régulateurs de croissance végétale. Le mélange des composés aux adjuvants appropriés est nécessaire à la réalisation pratique de l'idée. Il y a donc

mixing the compounds with the appropriate carriers for their application to plants. Further, these composition claims were not subject to the restrictions of s. 41 (products intended for food or medicine) and no separate claim was being made for the compounds.

*Hickton's Patent Syndicate v. Patents and Machine Improvements Co.* (1909), 26 R.P.C. 339, applied; *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49; *Jules R. Gilbert Ltd. v. Sandoz Patents Ltd.* (1970), 64 C.P.R. 14 (Ex. Ct.) affirmed [1974] S.C.R. 1336; *Agripat S.A. v. Commissioner of Patents* (1977), 52 C.P.R. (2d) 229 (F.C.A.) affirming (1976), 52 C.P.R. (2d) 220; *Burton Parsons Chemicals Inc. v. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 555; *Commissioner of Patents v. Ciba Ltd.*, [1959] S.C.R. 378; *In Re May & Baker Limited and Ciba Ltd.* (1948), 65 R.P.C. 255, considered; *Tennessee Eastman Co. v. Commissioner of Patents* (1970), 62 C.P.R. 117 (Ex. Ct.) affirmed [1974] S.C.R. 111; *Continental Soya Co. v. J. R. Short Milling Company (Canada) Ltd.*, [1942] S.C.R. 187; *Commissioner of Patents v. Winthrop Chemical Co.*, [1948] S.C.R. 46; *F. Hoffmann-Laroche & Co. v. Commissioner of Patents*, [1955] S.C.R. 414; *Lawson v. Commissioner of Patents* (1970), 62 C.P.R. 101, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1980), 54 C.P.R. (2d) 183, 36 N.R. 1, dismissing appellant's appeal from the decision of the Commissioner of Patents rejecting appellant's patent application. Appeal allowed.

*Russel S. Smart, Q.C.*, and *T. R. Kelly*, for the appellant.

*Eric Bowie, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The appellant applied for a patent on certain chemical compositions comprising chemical compounds mixed with an adjuvant. An adjuvant is simply a substance added to a prescription to facilitate the action of the principal ingredient. Some of the compounds were new but unpatented; others were old. The new compounds were initially included in the claim for patent but the

une activité inventive dans le fait de mélanger des composés à des supports appropriés pour leur application aux plantes. De plus, ces revendications relatives à la composition ne sont pas visées par les restrictions de l'art. 41 (applicables aux produits destinés à l'alimentation ou à la médication) et il n'y a pas de revendication relative aux composés.

Jurisprudence: arrêt appliqué: *Hickton's Patent Syndicate v. Patents and Machine Improvements Co.* (1909), 26 R.P.C. 339; arrêts examinés: *Commissioner of Patents c. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49, *Jules R. Gilbert Ltd. c. Sandoz Patents Ltd.* (1970), 64 C.P.R. 14 (C. de l'É.) confirmé par [1974] R.C.S. 1336; *Agripat S.A. v. Commissioner of Patents* (1977), 52 C.P.R. (2d) 229 (C.A.F.) confirmant (1976), 52 C.P.R. (2d) 220; *Burton Parsons Chemicals Inc. c. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 555; *Commissioner of Patents c. Ciba Ltd.*, [1959] R.C.S. 378; *In Re May & Baker Limited and Ciba Ltd.* (1948), 65 R.P.C. 255; arrêts mentionnés: *Tennessee Eastman Co. c. Commissaire des brevets* (1970), 62 C.P.R. 117 (C. de l'É.) confirmé par [1974] R.C.S. 111; *Continental Soya Co. c. J. R. Short Milling Company (Canada) Ltd.*, [1942] R.C.S. 187; *Commissioner of Patents c. Winthrop Chemical Co.*, [1948] R.C.S. 46; *F. Hoffmann-Laroche & Co. c. Commissioner of Patents*, [1955] R.C.S. 414; *Lawson c. Commissaire des brevets* (1970), 62 C.P.R. 101.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1980), 54 C.P.R. (2d) 183, 36 N.R. 1, qui a rejeté l'appel de l'appelante à l'encontre de la décision du commissaire des brevets qui rejetait sa demande de brevet. Pourvoi accueilli.

*Russel S. Smart, c.r.*, et *T.R. Kelly*, pour l'appelante.

*Eric Bowie, c.r.*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—L'appelante a demandé un brevet pour certaines compositions chimiques comportant des composés chimiques mélangés à un adjuvant. Un adjuvant est simplement une substance qu'on ajoute à une formule pour favoriser l'action de la composante principale. Certains de ces composés sont nouveaux et non encore brevetés; d'autres sont déjà connus. Les composés nou-

claim in respect of them was subsequently withdrawn by the appellant.

The appellant describes its invention as "the surprising discovery that compounds having a specific chemical structure have useful properties in respect of the regulation of the growth of plants".

It elaborates on its discovery in its patent application:

> It has now been discovered that certain ethane-sulphinic acids and oxygen or sulphur esters thereof, and certain ethanesulphinamides, can be employed to regulate and/or modify the growth of plants. Depending on variables such as the species of plant treated, plant maturity at time of treatment, the quantity and concentration of growth regulant used, the specific compound used, and the formulation employed, these compounds when applied to the plant locus exhibit a wide variety of useful plant growth regulating properties. Some of the plant growth regulant effects which have been observed include the promotion of early and more uniform fruit ripening and/or abscission, acceleration of leaf abscission, promotion of flowering, stimulation of sprouting of tubers, stimulation of seed germination, destruction of apical dominance in tubers causing lateral buds to sprout, increased formation of root initials on tomato stems, the causation of tomato leaf epinasty and dwarfing of plants. It will be recognized that biological response such as that realized from the process of the invention, when utilized as a cultural practice in the agricultural industry, can provide a valuable means of increasing crop productivity while at the same time reducing the labour and expense necessary to produce the crops.

The appellant acknowledges that this discovery having been made there is nothing inventive in mixing these compounds with appropriate adjuvants. Indeed, it acknowledges that the adjuvants are inert carriers commonly used in compositions to be applied to plants. The "invention", the appellant stresses, is the discovery of the usefulness of the compounds, old and new, as plant growth regulators and this is what it wants to protect by a patent on its chemical compositions.

veaux avaient d'abord été inclus dans la demande de brevet, mais l'appelante a retiré la revendication qui les vise.

L'appelante décrit son invention comme [TRADUCTION] «la découverte surprenante que des composés possédant une structure chimique spécifique ont des propriétés utiles comme régulateurs de croissance végétale».

Elle décrit plus amplement sa découverte dans sa demande de brevet:

> [TRADUCTION] On a découvert que certains acides éthane-sulfiniques et esters ou dioesters desdits acides et certains éthanes-sulfinamides peuvent servir à contrôler ou à modifier la croissance végétale ou les deux à la fois. Selon certaines variables comme l'espèce de plantes traitées, la maturité de la plante au moment du traitement, la quantité et la concentration de régulateurs de croissance employés, le composé spécifique employé et la formulation utilisée, ces composés ont une grande variété de propriétés utiles comme régulateurs de croissance quand on les applique à proximité de la plante. Certains effets des régulateurs de croissance végétale qu'on a observés comprennent la stimulation du mûrissement hâtif et plus uniforme des fruits, l'abscission des feuilles ou l'accélération de celle-ci, la floraison, l'accélération de la germination des tubercules et des graines, l'élimination de la dominance apicale qui cause la germination de boutons latéraux, la formation accrue de cellules initiales de racines sur les plants de tomates, l'épinastie des feuilles de tomates et le nanisme des plantes. Il faut se rendre compte que les effets biologiques de ce genre, tirés du procédé inventé, peuvent fournir, dans la pratique de la culture, en agriculture, un moyen précieux d'augmenter la productivité des récoltes, de réduire aussi le temps et les ressources nécessaires à la production des récoltes.

L'appelante reconnaît qu'une fois ces propriétés découvertes, il n'y a pas d'innovation à mélanger ces composés à des adjuvants appropriés. Elle reconnaît d'ailleurs que ces adjuvants sont des supports inertes communément utilisés dans les compositions applicables aux plantes. L'appelante souligne que l'invention consiste en la découverte de l'utilité de ces composés, déjà connus et nouveaux, comme régulateurs de la croissance végétale et c'est ce qu'elle veut protéger par un brevet à l'égard de ses compositions chimiques.

The Examiner rejected its claim and was upheld by the Commissioner of Patents. The Federal Court dismissed the appellant's appeal from the decision of the Commissioner. It is clear that all three adjudicators thought that the application was covered by the principle enunciated in *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49, and applied in *Jules R. Gilbert Ltd. v. Sandoz Patents Ltd.* (1970), 64 C.P.R. 14 (Ex. Ct.), aff'd [1974] S.C.R. 1336, and *Agripat S.A. v. Commissioner of Patents* (1977), 52 C.P.R. (2d) 229. It is necessary therefore to consider these judgments in some detail.

In *Farbwerke Hoechst* the applicant sought a patent on anti-diabetic compositions consisting of anti-diabetic compounds diluted by a carrier. It already had a patent on the compounds. The Commissioner rejected the claim on two grounds:

(1) that the applicant was entitled to only one patent for an invention and the composition claims did not inventively distinguish from the compound claims in respect of which a patent had already been granted; and

(2) that the claims related to substances prepared by a chemical process and intended for medicine and were prohibited by s. 41(1) of the *Patent Act* because they amounted to an attempt to protect the substance otherwise than by a patentable process by which it was produced.

The appellant appealed to the Exchequer Court which allowed the appeal on the ground that, although the mixture was intended for a medicine, it was a new substance not prepared or produced by a chemical process. It held that the anti-diabetic compositions were new and useful and therefore patentable. It also held that there was inventive ingenuity in the compositions. The Commissioner appealed to the Supreme Court of Canada. This Court held that, in effect, the applicant was asking for a patent on a medicine in respect of which it

L'examinateur a rejeté sa demande et le commissaire des brevets a confirmé ce rejet. La Cour fédérale a rejeté l'appel interjeté par l'appelante à l'encontre de la décision du commissaire. Il est manifeste que les trois juges ont estimé applicable à la demande le principe exprimé dans l'arrêt *Commissioner of Patents c. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49, et appliqué dans *Jules R. Gilbert Ltd. c. Sandoz Patents Ltd.* (1970), 64 C.P.R. 14 (C. de l'É.), confirmé par [1974] R.C.S. 1336, et *Agripat S.A. v. Commissioner of Patents* (1977), 52 C.P.R. (2d) 229. Il est donc nécessaire d'analyser ces jugements en détail.

Dans l'affaire *Farbwerke Hoechst*, la requérante demandait un brevet pour des compositions antidiabétiques consistant en composés antidiabétiques dilués dans un support. Elle possédait déjà un brevet sur les composés. Le commissaire a rejeté la demande pour deux motifs:

(1) la requérante n'a droit qu'à un seul brevet pour une invention et les revendications relatives à la composition ne se distinguent pas, pour ce qui est du caractère inventif, des revendications relatives aux composés pour lesquels un brevet a déjà été accordé; et

(2) les revendications ont trait à des substances préparées grâce à un procédé chimique à des fins médicales et sont interdites en vertu du par. 41(1) de la *Loi sur les brevets* parce qu'elles constituent une tentative de protéger une substance autrement que par le procédé brevetable en vertu duquel elle est produite.

L'appelante a interjeté appel à la Cour de l'Échiquier qui a accueilli l'appel parce que même si le mélange était destiné à servir comme médicament, il s'agissait d'une substance nouvelle qui n'était ni préparée ni produite par un procédé chimique. La Cour a conclu que les compositions antidiabétiques étaient nouvelles et utiles et par conséquent brevetables. Elle a aussi conclu que les compositions n'étaient pas le fruit d'activité inventive. Le commissaire a interjeté appel à la Cour suprême du Canada. Cette Cour a statué qu'en

already had a patent; only this time it was seeking to patent it in a diluted form. It held that the addition of an inert carrier to the original compound was nothing more than dilution and did not result in a further invention over and above that of the compound itself. Quoting from the judgment of Judson J. at pp. 53-54:

The mixing of a patented chemical substance with a carrier is not new and it is not the result of inventive ingenuity. It is, of course, a substance, as the learned President has found, but it is still a substance identical in all respects except dilution with a substance produced by a chemical process and for which a patent has been granted under s. 41(1) of the *Patent Act*.

The decision under appeal is of extreme practical significance. It gives effect to form rather than substance. The claim to a pharmaceutical composition with which the present appeal is concerned is free from the limitations imposed by s. 41(1) and a person who obtained a patent in this way could assert such claims against anyone using the pharmaceutically active ingredient constituting the substance of the invention regardless of the process whereby it was produced.

Judson J. went on to adopt the following passages from the reasons of the Commissioner [at pp. 54-55]:

The essential inventive feature of the claimed compositions resides in the medicinally active chemical compound, and not in the fact that this compound is associated with a carrier. It is general practice in the medicinal art to associate an active compound with a suitable diluting or carrying agent because, usually, such a compound cannot be used in the pure form.

. . .

In this case there is no question of second invention involving the discovery of a new and particular carrier which imparts a special, new, and unexpected character to the compositions. To permit the claiming of a medicine mixed with a carrier in per se form, rather than in process-dependent form, would mean that all new medicines could be claimed free of the restrictions of Section 41 in the only practical form in which they may be used. This, of course, would defeat the whole purpose of the Section.

réalité, la demanderesse demandait un brevet pour un médicament à l'égard duquel elle détenait déjà un brevet; mais que la seule différence était qu'elle demandait de le breveter dans une forme diluée. Elle a conclu que l'addition d'un support inerte au composé original n'était rien d'autre que de la dilution et qu'il n'en résultait pas une invention différente du composé lui-même. Voici un passage des motifs du juge Judson, aux pp. 53 et 54:

[TRADUCTION] Mélanger une substance chimique brevetée à un support n'est pas nouveau et ce n'est pas le résultat d'une activité inventive. C'est bien sûr, comme le conclut le Président, une substance mais c'est encore une substance identique sous tous rapports, sauf la dilution, à une substance produite par un procédé chimique pour lequel un brevet a été accordé en vertu du par. 41(1) de la *Loi sur les brevets*.

La décision portée en appel a une très grande importance pratique. Elle vise la forme plutôt que la substance. La revendication d'une composition pharmaceutique semblable à celle du présent appel, est exempte des restrictions imposées par le par. 41(1), et la personne ayant obtenu un brevet de cette façon pourrait faire valoir ces revendications contre quiconque utilise l'ingrédient pharmaceutique actif constituant la substance de l'invention, indépendamment de son procédé de production.

Le juge Judson cite et confirme les extraits suivants des motifs du commissaire [aux pp. 54 et 55]:

[TRADUCTION] L'aspect essentiellement inventif des compositions revendiquées réside dans le composé chimique médicalement actif et non dans le fait qu'il soit lié à un support. Il est d'usage général dans l'art médical d'ajouter à un composé actif un agent de dilution ou de support approprié parce qu'un tel composé n'est généralement pas utilisable pure.

. . .

Dans le cas présent, il n'est pas question d'une deuxième invention qui comporterait la découverte d'un support nouveau et spécial lequel donnerait des propriétés inattendues, nouvelles et spéciales aux compositions. Permettre la revendication d'un médicament mélangé à un support dans sa forme pure plutôt que dans sa forme liée au procédé voudrait dire qu'on pourrait breveter tous les nouveaux médicaments indépendamment des restrictions de l'article 41 dans la seule forme pratique où ils peuvent servir. Cela aurait évidemment pour effet de contourner l'objet de l'article lui-même.

The *Farbwerke Hoechst* decision was followed by the Exchequer Court in *Jules R. Gilbert Ltd. v. Sandoz Patents Ltd., supra*, in which a claim of patent for thioridazine and for pharmaceutical compositions containing thioridazine was made. Thurlow J., in rejecting the claim for the compositions, said at p. 35:

> I find, therefore, that the discovery of the usefulness of thioridazine and of the usefulness of the chemical procedure for producing it represents a patentable invention. On the other hand I am also of the opinion that pharmaceutical compositions consisting of a therapeutically acceptable amount of thioridazine associated with a carrier represent no invention whatsoever save in so far as thioridazine itself is an invention.

And later on the same page he states:

> These last-mentioned claims, as I see it, cannot stand as claims in respect of any inventive step involved in the mixture of a substance with a carrier since there is no invention involved in such a step. *Vide Comm'r Pat. v. Farbwerke Hoechst A.G.*, 41 C.P.R. 9, [1964] S.C.R. 49, 25 Fox Pat. C. 99. Nor can they stand as claims in respect of the invention of thioridazine itself both because claims 1 to 9 represent the full extent of the protection to which the defendant is entitled in respect of that invention and because in the context of all the claims they tend to go further than the protection to which the defendant is entitled, as defined in s. 46 of the *Patent Act*, in respect of the invention of thioridazine and to monopolize, independently of the other claims, compositions containing thioridazine, and thus to restrict the use of thioridazine in a particular way even by one into whose possession it may lawfully come whether by express or implied or compulsory licence.

On the appeal to the Supreme Court of Canada, Pigeon J. affirmed Mr. Justice Thurlow's rejection of the composition claims on the basis that no inventive step was involved in the mixture of a pharmaceutical compound with an appropriate carrier.

In *Re Application No. 132,421* [*Agripat*] (1976), 52 C.P.R. (2d) 220 the Commissioner rejected a claim for patent on insecticide compositions on the basis of *Farbwerke Hoechst* and *Jules R. Gilbert Ltd. v. Sandoz Patents Ltd.* He allowed

La Cour de l'Échiquier a appliqué, dans *Jules R. Gilbert Ltd. c. Sandoz Patents Ltd.*, précité, l'arrêt *Farbwerke Hoechst*. On y demandait un brevet pour la thioridazine et des compositions pharmaceutiques contenant de la thioridazine. Le juge Thurlow rejette la demande pour les compositions dans les termes suivants, à la p. 35:

> Je constate donc que la découverte de l'utilité de la thioridazine et de l'utilité de la technique chimique pour la produire représente une invention brevetable. D'autre part, j'estime également que les compositions pharmaceutiques constituées d'une quantité thérapeutiquement acceptable de thioridazine associée à un véhicule ne sont pas des inventions de quelque nature que ce soit et seule la thioridazine peut-être considérée comme une invention.

Plus bas, à la même page, il ajoute:

> Ces revendications, à mon avis, ne peuvent constituer des revendications en ce qui concerne toute étape inventive impliquée dans le mélange d'une substance à un véhicule puisqu'une telle étape n'implique aucune invention. Voir *Comm'r Pat. c. Farbwerke Hoechst A.G.*, 41 C.P.R. 9, [1964] R.C.S. 49, 25 Fox Pat. C. 99. Elles ne peuvent pas constituer des revendications en ce qui concerne l'invention de la thioridazine elle-même à la fois parce que les revendications 1 à 9 représentent toute l'étendue de la protection à laquelle la défenderesse a droit pour cette invention et parce que dans le contexte de toutes les revendications elles ont tendance à aller plus loin que la protection à laquelle la défenderesse a droit, telle qu'elle est définie à l'article 46 de la *Loi sur les brevets*, pour l'invention de la thioridazine et pour monopoliser, indépendamment des autres revendications, les compositions contenant de la thioridazine, et ainsi de restreindre l'utilisation de la thioridazine d'une façon particulière même par quelqu'un qui peut en avoir possession légale par licence expresse ou sous-entendue ou obligatoire.

En Cour suprême du Canada, le juge Pigeon a confirmé l'invalidation par le juge Thurlow des revendications relatives à la composition parce qu'il n'y avait pas de démarche inventive dans le mélange d'un composé pharmaceutique à un support approprié.

Dans *Re Application No. 132,421* [*Agripat*] (1976), 52 C.P.R. (2d) 220, le commissaire a rejeté une demande de brevet pour des compositions insecticides en application des arrêts *Farbwerke Hoechst* et *Jules R. Gilbert Ltd. c. Sandoz*

the claim for the insecticide compound but disallowed it in composition form fixed with an adjuvant. His decision was upheld in the Federal Court of Appeal (*Agripat S.A. v. Commissioner of Patents* (1977), 52 C.P.R. (2d) 229), Heald J. stating in very brief reasons:

> We are all of the opinion that the *Com'r of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning* (1963), 41 C.P.R. 9, [1964] S.C.R. 49, 25 Fox Pat. C. 99, the *Sandoz Patents Ltd. v. Gilcross Ltd. et al.* (1972), 8 C.P.R. (2d) 210, 33 D.L.R. (3d) 451, [1974] 2 S.C.R. 1336, and *Rohm & Haas Co. v. Com'r of Patents* (1959), 30 C.P.R. 113, [1959] Ex. C.R. 153, 18 Fox. Pat. C. 140, cases are indistinguishable on any valid grounds from the case at bar. The Commissioner, correctly, in our view, interpreted and applied the principles established in those cases, in so far as they are relevant to claims 5 to 11 inclusive herein.

Counsel for the appellant makes a number of submissions in relation to these cases. He submits that they stand for the proposition that there is no inventive ingenuity in mixing a compound with a carrier. Accordingly, you cannot claim a patent on compositions containing compounds which are themselves the subject of a claim or in respect of which a patent has already issued. However, in this case, counsel says, the appellant is not claiming for the compounds. It withdrew its claim for those. These cases therefore present no obstacle to its claim for patent on the compositions even if there is no inventive ingenuity in the mixing process. In effect, counsel for the appellant submits that the appellant can elect whether to claim for the compounds themselves or for the compositions containing them. He acknowledges that such an election is not open in the case of claims falling within s. 41 of the *Patent Act*, *i.e.* claims involving substances intended for food or medicine, because claims in respect of those have to be process-related and, as Mr. Justice Judson pointed out in *Farbwerke Hoechst*, it would be an easy way to get around the section if a patent could be obtained on the compositions. It would then not be necessary for the applicant to identify the process by which the active ingredient in the composition, *i.e.* the compound, was produced and the patentee would have protection against any one producing that

*Patents Ltd.* Il a accueilli la demande pour le composé insecticide mais l'a rejetée quant à la composition mélangée à un adjuvant. La Cour d'appel fédérale a confirmé sa décision (*Agripat S.A. v. Commissioner of Patents* (1977), 52 C.P.R. (2d) 229), le juge Heald y dit ceci dans des motifs très brefs:

> [TRADUCTION] Nous sommes tous d'avis qu'aucun motif valable ne permet de distinguer la présente espèce des arrêts *Com'r of Patents c. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning* (1963), 41 C.P.R. 9, [1964] R.C.S. 49, 25 Fox. Pat. C. 99, *Sandoz Patents Ltd. c. Gilcross Ltd. et al.* (1972), 8 C.P.R. (2d) 210, 33 D.L.R. (3d) 451, [1974] 2 R.C.S 1336, et *Rohm & Haas Co. c. Com'r of Patents* (1959), 30 C.P.R. 113, [1959] C. de l'É. 153, 18 Fox. Pat. C. 140. Le commissaire a, à notre avis, correctement interprété et appliqué les principes énoncés dans ces arrêts dans la mesure où ils sont applicables aux revendications 5 à 11 des présentes.

L'avocat de l'appelante a fait valoir un certain nombre d'arguments en fonction de ces arrêts. Il soutient qu'ils signifient qu'il n'y a pas d'activité inventive à mélanger un composé à un support. En conséquence, on ne peut demander de brevet pour des compositions qui contiennent des composés qui font eux-mêmes l'objet d'une revendication ou pour lesquels un brevet a déjà été accordé. Toutefois selon l'avocat, l'appelante en l'espèce ne demande pas un brevet pour les composés. Elle a retiré sa demande à leur égard. Les arrêts précités ne constituent donc pas un obstacle à sa demande de brevet pour les compositions, même si le procédé de mélange n'est le fruit d'aucune activité inventive. En réalité, l'avocat de l'appelante soutient que celle-ci peut choisir de demander un brevet pour les composés eux-mêmes ou pour les compositions dans lesquelles ils entrent. Il reconnaît que ce choix n'est pas possible dans le cas de demandes assujetties à l'art. 41 de la *Loi sur les brevets*, c.-à-d. des demandes à propos de substances destinées à l'alimentation ou à la médication parce que les revendications à l'égard de ces substances doivent avoir trait à un procédé. Comme le juge Judson l'a signalé dans l'affaire *Farbwerke Hoechst*, il serait trop facile de contourner l'article si on pouvait obtenir un brevet à l'égard des compositions. Le requérant ne serait alors pas tenu d'identifier le procédé par lequel

compound regardless of the process by which they produced it.

The appellant submits, however, that the compositions which are the subject of this application have nothing to do with food or medicine and therefore do not fall within s. 41. The compounds contained in the compositions which are the subject of this application need not be process-related. No violence is done to s. 41 by granting a patent on these compositions. The appellant submits that there is no general principle of patent law, and indeed no authority at all, for the proposition that compositions consisting of new compounds having useful properties and mixed with conventional carriers cannot be claimed as a practicable invention when the invention is not subject to the legal impediments of s. 41. The appellant emphasizes that the invention claimed here is not in the substances themselves but in the discovery that they are useful as plant growth regulators. He submits that it makes no difference in that context whether the compounds are old or new; the inventive step is in the use and not in the manufacture.

The appellant relies on *Burton Parsons Chemicals Inc. v. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 555, in support of his submission that s. 41 of the *Patent Act* has no application in a case such as this. In *Burton Parsons* the applicant was seeking a patent on a cream to be used in electrocardiograms and the process for making such a cream. The purpose of the cream was to provide a good electrical contact between the machine's electrodes and the body. The cream was composed of an aqueous emulsion containing sufficiently highly ionizable salt of about 5 percent common salt to provide good electrical conductivity. The Commissioner issued the patent but the Court of Appeal held the claims invalid on the ground that some such combinations could not be used because they were incompatible with normal human skin. The claim for patent was therefore too widely framed and had to be rejected.

l'ingrédient actif de la composition, c.-à-d. le composé, est produit et le breveté obtiendrait l'exclusivité à l'encontre de quiconque produirait le même composé par quelque procédé que ce soit.

L'appelante soutient cependant que les compositions visées par la présente demande n'ont rien à voir avec l'alimentation ou la médication et en conséquence ne sont pas visées par l'art. 41. Il n'est pas nécessaire que les composés contenus dans la composition visée par la présente demande soient liés à un procédé. On ne force pas le sens de l'art. 41 en accordant un brevet à l'égard de ces compositions. L'appelante soutient qu'en droit des brevets, il n'y a ni principe général ni jurisprudence portant que l'on ne peut revendiquer comme invention réalisable les compositions formées de nouveaux composés dotés de propriétés utiles et mélangés à des supports conventionnels lorsque l'invention n'est pas assujettie aux restrictions juridiques de l'art. 41. L'appelante souligne que l'invention revendiquée en l'espèce ne porte pas sur les substances elle-mêmes, mais sur la découverte qu'elles ont des propriétés utiles comme régulateurs de croissance végétale. L'avocat soutient qu'il importe peu dans ce cas que les composés soient anciens ou nouveaux, la démarche inventive tient à l'utilisation et non à la fabrication.

L'appelante invoque l'arrêt *Burton Parsons Chemicals Inc. c. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 555, pour étayer sa prétentation que l'art. 41 de la *Loi sur les* brevets ne s'appliquent pas en l'espèce. Dans l'affaire *Burton Parsons*, la requérante voulait faire breveter une crème utilisée dans la prise d'électrocardiogrammes et son procédé de fabrication. L'utilité de cette crème était de fournir un bon contact électrique entre les électrodes de l'appareil et le corps du patient. La crème comportait une émulsion aqueuse contenant suffisamment de sel très ionisable, environ 5 pour 100 de sel ordinaire, pour assurer une bonne conductibilité électrique. Le commissaire avait délivré un brevet, mais la Cour d'appel a déclaré les revendications nulles pour le motif que certaines de ces combinaisons ne pouvaient pas servir, puisqu'elles étaient incompatibles avec la peau normale de l'être humain. La demande de brevet était donc trop générale et il fallait la rejeter.

On appeal to the Supreme Court of Canada, Pigeon J. allowed the appeal and declared the claims to be valid. He pointed out that under s. 36 of the Act the specification must be such as to enable "any persons skilled in the art or science to which it pertains" to prepare the substance and any one skilled in this art would know to avoid toxic substances in the preparation of the cream. Mr. Justice Pigeon then dealt with the attack under s. 41(1) of the Act and in particular the question whether this cream was a "substance prepared or produced by chemical processes and intended for food or medicine". He found that although most of the substances mentioned in the patent as suitable for the preparation of the cream were undoubtedly "chemicals" in the usual sense of the word, the cream was not itself "intended for medicine" within the meaning of s. 41. The section therefore had no application.

The appellant submits that no confidence can be placed in the decision in *Agripat* which extended the application of s. 41 of the Act to an insecticide having regard to Mr. Justice Pigeon's comments on the scope of the section in *Burton Parsons*. There was nothing in the Federal Court of Appeal's judgment to indicate that it addressed its mind to this question at all.

While the *Burton Parsons* case certainly assists the appellant on the issue of the applicability of s. 41, I do not think it assists it, as it claims, with respect to the compositions containing the old compounds. It seems fairly clear that in *Burton Parsons* the inventive ingenuity was in the combination itself. There was a chemical reaction in the emulsifier and therefore s. 36(2) was not offended. This, in my view, distinguishes *Burton Parsons* from *Farbwerke Hoechst* and *Jules R. Gilbert Ltd. v. Sandoz Patents Ltd.* in which the inventive ingenuity lay in the compounds only and there was no further invention involved in their mere dilution with an inert carrier.

The appellant also relies with respect to the compositions containing the old compounds on the

En Cour suprême du Canada, le juge Pigeon a accueilli le pourvoi et déclaré les revendications valides. Il indique qu'en vertu de l'art. 36 de la Loi, le mémoire descriptif doit être rédigé de manière à permettre à «toute personne versée dans l'art ou de la science dont relève l'invention» de préparer la substance en cause et toute personne versée dans l'art saurait qu'il faut éviter les substances toxiques dans la préparation de cette crème. Le juge Pigeon aborde ensuite la contestation fondée sur le par. 41(1) de la Loi et en particulier la question de savoir si cette crème est «une substance préparée ou produite par des procédés chimiques et destinée à l'alimentation ou à la médication». Il a conclu que même si la plupart des substances, qui, d'après le brevet, conviennent à la préparation de la crème, sont manifestement des «produits chimiques» au sens ordinaire de ces mots, la crème elle-même n'est pas destinée à la médication au sens de l'art. 41. Selon lui l'article ne s'appliquait donc pas.

L'appelante soutient qu'on ne peut invoquer l'arrêt *Agripat*, qui applique l'art. 41 de la Loi à un insecticide, vu l'avis exprimé par le juge Pigeon dans l'arrêt *Burton Parsons* sur la portée de l'article. Rien dans l'arrêt de la Cour d'appel fédérale n'indique qu'elle ait le moindrement envisagé la question.

Bien que l'arrêt *Burton Parsons* aide certainement l'appelante pour ce qui est de l'applicabilité de l'art. 41, je ne crois pas qu'il lui soit d'un secours quelconque, bien qu'elle le prétende, pour ce qui est des compositions contenant les composés déjà connus. Il semble assez clair que, dans l'affaire *Burton Parsons*, l'activité inventive se trouve dans la combinaison elle-même. Comme il y avait une réaction chimique dans l'émulsifiant, il n'y avait pas de contravention au par. 36(2). Cela à mon sens différencie l'arrêt *Burton Parsons* des arrêts *Farbwerke Hoechst* et *Jules R. Gilbert Ltd. c. Sandoz Patents Ltd.* dans lesquels l'activité inventive se trouve dans les composés seulement et où leur seule dilution dans un support inerte ne constitue pas une autre invention.

L'appelante invoque également, pour ce qui est des compositions contenant des composés déjà

judgment of this Court in *Commissioner of Patents v. Ciba Ltd.*, [1959] S.C.R. 378. The issue in *Ciba* was whether the application of a known method to known materials to produce a new and useful compound was patentable. Speaking for the Court, Mr. Justice Martland held that it was, following the judgment of Jenkins J. in *In re May & Baker Limited and Ciba Ltd.* (1948), 65 R.P.C. 255. It was argued in *May & Baker* that no inventive ingenuity was involved. Jenkins J. rejected that submission. He said at p. 279:

> The fact that the methods described in the specification were in themselves known methods being admitted on the face of the specification itself, it is obvious that the Respondents could only claim novelty for them as part of the entire process consisting of their application to the particular classes of materials described in the specification so as to produce the new substances claimed. If the entire process was in fact new, in the sense that no one had done or projected the doing of it before, and that the new substances produced had never been made or projected before, then, assuming subject-matter, as it is right to do in considering novelty, I think the objection based on want of novelty must fail.

And again, at p. 295, he said:

> Now it seems to me that in considering this question one must begin by determining what is the character of the inventive step to which the invention as claimed by the unamended specification would, if valid, have owed its validity as an invention. If I am right in the conclusions stated earlier in this judgment with regard to subject-matter, there is no inventive step, no element of discovery, merely in making new substances by known methods out of known materials.
>
> What is indispensably necessary in order to elevate a process of this description from a mere laboratory exercise to the status of a patentable invention is the presence of some previously undiscovered useful quality in the substances produced. Assuming that the substances produced do possess some previously undiscovered useful quality, for example some remarkable value as drugs, then although the methods are known and the materials are known yet the application of those methods to those materials to produce those new substances may amount

connus, l'arrêt de cette Cour *Commissioner of Patents c. Ciba Ltd.*, [1959] R.C.S. 378. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si l'application d'une méthode connue à des matériaux connus qui donne un composé nouveau et utile est brevetable. Le juge Martland, rendant jugement de la Cour, a statué qu'elle l'était, appliquant par là la décision du juge Jenkins dans *In re May & Baker Limited and Ciba Ltd.* (1948), 65 R.P.C. 255. On a prétendu, dans l'affaire *May & Baker*, qu'il n'y avait pas d'activité inventive en cause. Le juge Jenkins a rejeté cette prétention de la façon suivante, à la p. 279:

> [TRADUCTION] Une fois admis que les méthodes décrites au mémoire descriptif sont elles-mêmes connues, ce qui est reconnu au mémoire lui-même, il est manifeste que les intimés ne pouvaient revendiquer de nouveauté à leur égard que dans la mesure où elles faisaient partie de tout le procédé qui consiste à les appliquer aux classes de matériaux décrits au mémoire de façon à produire les substances nouvelles visées par les revendications. Si tout le procédé était en réalité nouveau, dans le sens que personne ne l'avait fait ou envisagé auparavant, et que les nouvelles substances produites n'avaient jamais été produites ou projetées auparavant, alors, en présumant qu'il y a un objet, comme il y a lieu de le faire dans l'examen de la nouveauté, je crois que l'objection fondée sur l'absence de nouveauté doit être rejetée.

Plus loin, à la p. 295, il dit encore:

> [TRADUCTION] Or, il me semble qu'en étudiant cette question, on doive commencer par déterminer qu'elle est la caractéristique de l'activité inventive à laquelle l'invention revendiquée dans le mémoire non modifié devrait sa validité comme invention s'il était valide. Si les conclusions que j'ai énoncées ci-dessus sont correctes quant à l'objet, la simple fabrication de nouvelles substances par des méthodes connues à partir de matériaux connus ne comporte ni activité inventive, ni élément de découverte.
>
> Ce qui est absolument nécessaire pour faire passer un procédé de cette sorte de simple exercice de laboratoire à l'état d'invention brevetable, c'est la présence de certaines qualités utiles dans les substances produites qui n'aient pas déjà été découvertes. En supposant que les substances produites possèdent certaines qualités utiles qui n'avaient pas été découvertes jusque là, par exemple une valeur insigne comme remède, alors, bien que les méthodes soient connues et les matériaux aussi, l'application de ces méthodes à ces matériaux pour produire

to a true invention, because of the discovery that those particular known materials when combined by those methods not merely produce those new substances but produce, in the shape of those new substances, drugs of remarkable value.

I think it necessarily follows that the identity of the materials chosen (by luck or good management) by the supposed inventor for the production of his new substances is of the essence of his invention. He must, so to speak, be in a position to repel critics by saying: "You tell me that there is nothing in combining known substances A and B to produce my new substance C, because any chemist could have worked the combination from the books and would have known as a matter of chemical definition that C would be the result. But my great secret, my discovery, is that these particular known substances A and B when combined do not merely produce a new substance answering the chemical description C (which according to accepted chemical theory was a foregone conclusion) but produce in the shape of C a remarkably valuable drug."

Mr. Justice Martland, applying that reasoning in *Ciba*, concluded at p. 383:

Is it a new process? Is the element of novelty precluded because it consists of a standard, classical reaction used to react known compounds? In my opinion the process in question here is novel because the conception of reacting those particular compounds to achieve a useful product was new. A process implies the application of a method to a material or materials. The method may be known and the materials may be known, but the idea of making the application of the one to the other to produce a new and useful compound may be new, and in this case I think it was.

It is of interest to note that counsel for the Commissioner in *Ciba* attempted to distinguish *May & Baker* on the basis that it was governed by the English patent legislation which contained no provision similar to the definition of "invention" contained in s. 2 of the Canadian statute. He argued that English law did not distinguish between "process" and "product" but this distinction had been clearly affirmed in Canada in cases such as *Continental Soya Co. v. J. R. Short Milling Company (Canada) Ltd.*, [1942] S.C.R. 187, *Commissioner of Patents v. Winthrop Chemical Co.*, [1948] S.C.R. 46 and *F. Hoffmann-Laroche*

ces nouvelles substances peut équivaloir à une véritable invention parce que la découverte que ces matériaux précis et déjà connus produisent non seulement ces nouvelles substances quand on les mélange au moyen de ces nouvelles méthodes mais produisent aussi, sous la forme de ces nouvelles substances, des médicaments d'une grande valeur.

Je crois qu'il s'ensuit nécessairement que la désignation des matériaux choisis (par hasard ou par habileté) par le prétendu inventeur pour la production de ces nouvelles substances est de l'essence de son invention. Il doit pouvoir, si l'on veut, être en mesure de réfuter les critiques en disant: «Vous prétendez qu'il n'y a pas de mérite à combiner les substances connues A et B pour produire la nouvelle substance C, parce que tout chimiste aurait pu, en se servant des manuels, faire la même combinaison et savoir qu'en vertu des principes de chimie la substance C en sortirait. Mais mon grand secret, ma découverte, consiste en ce que la combinaison des substances connues et précises A et B produit non seulement une nouvelle substance qui correspond au principe de la chimie (qui était à prévoir en vertu de la théorie chimique) mais produit, sous forme de la substance C, un remède de grande valeur.»

Appliquant ce raisonnement à l'affaire *Ciba*, le juge Martland conclut, à la p. 383:

[TRADUCTION] Est-ce un nouveau procédé? Y a-t-il absence de nouveauté parce que le procédé consiste en une réaction standard, classique, faite avec des composés connus? A mon avis, le procédé en cause ici est nouveau parce que l'idée de faire réagir ces composés précis pour obtenir un produit utile est nouvelle. Un procédé signifie l'application d'une méthode à une ou plusieurs substances. La méthode peut être connue et les substances aussi, mais l'idée de les appliquer l'une à l'autre pour produire un composé nouveau et utile peut être nouvelle et, en l'espèce, je crois qu'elle l'était.

Il est intéressant de signaler que, dans l'affaire *Ciba*, l'avocat du commissaire a voulu établir une distinction entre cette affaire-là et l'affaire *May & Baker* parce que cette dernière était régie par le droit anglais des brevets qui ne comporte pas de disposition équivalente à la définition d'«invention» qui se trouve à l'art. 2 de la Loi canadienne. Il a soutenu que le droit anglais ne fait pas de distinction entre «procédé» et «produit», mais que la jurisprudence canadienne fait nettement cette distinction dans les arrêts: *Continental Soya Co. c. J. R. Short Milling Company (Canada) Ltd.*, [1942] R.C.S. 187; *Commissioner of Patents c. Winthrop*

*& Co. v. Commissioner of Patents*, [1955] S.C.R. 414. Counsel therefore argued that under Canadian law an "invention" must be a process or a product, but not both, and each must satisfy the statutory requirements before a patent can issue in respect of it. Mr. Justice Martland seems to have accepted this analysis of Canadian patent law but went on to find that the claims involved in *Ciba* were process claims and that they did disclose an invention because they produced compounds which were both new and useful. Counsel for the Commissioner in the instant case relies on the distinction between "process" and "product" and says that in this case the invention in the case of the compositions containing the new compounds lies solely in the compounds, *i.e.* they are product claims. He points out that the appellant agrees that there is no inventive ingenuity in mixing them with the appropriate adjuvants. The composition claims cannot therefore, he submits, be elected in preference to the compound claims. Unlike *Ciba*, the claims in respect of the compositions containing the new compounds cannot be treated as process claims because the inventive ingenuity stops with the compounds themselves.

The central issue in this case, it seems to me, is not directly covered by any of these authorities although all are helpful in providing the jurisprudential context into which the issue must fit. The appellant has discovered that compounds having a specific chemical structure have useful properties as plant growth regulators. Although some of these compounds were already known, their usefulness for this particular purpose was not known. This new use for these old compounds is therefore the appellant's "invention" with respect to these old compounds. In order to use them for this purpose, it has mixed them with the appropriate adjuvants for their application to plants. Other compounds having the same chemical structure have been produced by the appellant and are therefore new compounds. They are *per se* an "invention" of the appellant and the respondent acknowledges that

*Chemical Co.*, [1948] R.C.S. 46 et *F. Hoffmann-Laroche & Co. c. Commissioner of Patents*, [1955] R.C.S. 414. L'avocat a donc soutenu qu'en vertu du droit canadien, une «invention» doit être un procédé ou un produit, mais non les deux, et que le procédé ou le produit doit répondre aux conditions fixées dans la loi pour qu'il puisse donner lieu à un brevet. Le juge Martland semble avoir accepté cette analyse du droit canadien des brevets, mais conclut quand même que les revendications en cause dans l'affaire *Ciba* ont trait à un procédé et qu'elles divulguent effectivement une invention parce qu'elles produisent des composés à la fois nouveaux et utiles. En l'espèce, l'avocat du commissaire invoque la distinction entre «procédé» et «produit» et affirme que la présente invention, pour ce qui est des compositions contenant de nouveaux composés, porte uniquement sur les composés, c.-à-d. qu'elles sont des revendications de produit. Il expose que l'appelante admet qu'il n'y a pas d'activité inventive à mélanger ces produits aux adjuvants appropriés. Les revendications relatives à la composition ne peuvent donc pas, selon lui, être préférées aux revendications relatives aux composés. Contrairement à l'affaire *Ciba*, on ne peut considérer les revendications relatives aux compositions de composés nouveaux comme des revendications relatives à un procédé parce que l'activité inventive s'arrête aux composés eux-mêmes.

Il me semble qu'aucun de ces précédents ne vise directement le point central de l'espèce, même s'ils sont utiles pour établir le cadre jurisprudentiel qui doit servir à résoudre la question. L'appelante a découvert que certains composés de structure chimique spécifique ont des propriétés utiles à titre de régulateurs de la croissance végétale. Même si certains de ces composés étaient déjà connus, leur utilité à cette fin particulière ne l'était pas. Le nouvel usage de ces composés déjà connus est en conséquence «l'invention» de l'appelante à cet égard. Pour s'en servir à cette fin, elle les a mélangés à des adjuvants appropriés en vue de les appliquer à des plantes. L'appelante a produit d'autres composés qui ont la même structure chimique et qui sont, par conséquent, de nouveaux composés. Ils sont donc en eux-mêmes une «invention» de l'appelante et l'intimé reconnaît qu'ils sont

they are patentable. The appellant, however, has withdrawn its claim for patent on those and seeks instead a patent on compositions formed by mixing them with appropriate adjuvants.

The following questions seem to me to arise on these facts:

The old compounds:

(1) Is a new use for an old compound patentable under the Act?

(2) If so, how is it patented?

The new compounds:

(1) Does the principle in the *Farbwerke Hoechst* line of cases apply to an invention not falling within s. 41 of the Act?

(2) If not, does an applicant have an election whether to claim for the new compounds or for the compositions containing them?

(3) Does a claim for the compositions violate s. 36 of the Act?

The old compounds:

No authority was presented to the Court dealing with a claim based on the discovery of a new use for an old compound and my research has disclosed none. I turn therefore to the definition of "invention" in s. 2 of the Act which reads:

> "invention" means any new and useful art, process, machine, manufacture or composition of matter, or any new and useful improvement in any art, process, machine, manufacture or composition of matter;

If we accept the submission of counsel for the Commissioner that a claim for the compositions containing the old compounds cannot be dignified into a process claim because there is admittedly no novelty in combining the compounds with the adjuvants, then *Ciba* is distinguishable. It is not the process of mixing the old compounds with the known adjuvants which is put forward as novel. It is the idea of applying the old compounds to the new use as plant growth regulators; the character

brevetables. L'appelante a cependant retiré sa demande de brevet à l'égard de ces derniers et demande plutôt un brevet sur les compositions qui résultent du mélange de ces composés aux adjuvants appropriés.

Les faits de l'espèce soulèvent donc à mon sens les questions suivantes:

Pour les composés déjà connus:

(1) Une utilisation nouvelle d'un composé déjà connu est-elle brevetable en vertu de la Loi?

(2) Si oui, comment est-elle brevetée?

Pour les nouveaux composés:

(1) Le principe exprimé dans l'arrêt *Farbwerke Hoechst* et la jurisprudence qui l'a suivi s'applique-t-il à une invention qui n'est pas visée par l'art. 41 de la Loi?

(2) Si non, le demandeur a-t-il le choix de revendiquer les nouveaux composés ou les compositions qui les contiennent?

(3) La revendication des compositions contrevient-elle à l'art. 36 de la Loi?

Les composés déjà connus

On n'a pas soumis à la Cour de jurisprudence qui vise une revendication fondée sur la découverte d'un nouvel usage d'un composé déjà connu et je n'en ai pas trouvé moi-même. Je vais donc examiner la définition d'«invention» qui se trouve à l'art. 2 de la Loi et qui se lit:

> «invention» signifie toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi qu'un perfectionnement quelconque de l'un des susdits, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité;

Si nous acceptons l'argument de l'avocat du commissaire selon lequel on ne peut transformer une revendication visant des compositions de composés déjà connus en revendication pour un procédé parce qu'il n'y a évidemment pas de nouveauté à ajouter des adjuvants aux composés, alors il faut distinguer l'affaire *Ciba* de l'espèce. Ce n'est pas le procédé par lequel on mélange des composés déjà connus à des adjuvants connus qui serait nouveau. C'est l'idée de donner aux compo-

of the adjuvants follows inevitably once their usefulness for that purpose has been discovered. What then is the "invention" under s. 2? I believe it is the application of this new knowledge to effect a desired result which has an undisputed commercial value and that it falls within the words "any new and useful art". I think the word "art" in the context of the definition must be given its general connotation of "learning" or "knowledge" as commonly used in expressions such as "the state of the art" or "the prior art". The appellant's discovery in this case has added to the cumulative wisdom on the subject of these compounds by a recognition of their hitherto unrecognized properties and it has established the method whereby these properties may be realized through practical application. In my view, this constitutes a "new and useful art" and the compositions are the practical embodiment of the new knowledge.

sés déjà connus un usage nouveau qu'est la régulation de la croissance végétale; la nature des adjuvants s'ensuit inévitablement une fois que l'on a découvert leur utilité à cette fin. En quoi consiste l'«invention» selon l'art. 2? Je crois que c'est l'application de cette nouvelle connaissance afin d'obtenir un résultat, qui a une valeur commerciale indéniable et qui répond à la définition de l'expression «toute réalisation ... présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité». Je crois qu'il faut donner au mot «réalisation» de la définition son sens général de «science» ou «connaissance». Dans ce cas, la découverte de l'appelante a augmenté le bagage de connaissances au sujet de ces composés en leur trouvant des propriétés jusqu'alors inconnues et elle a établi la méthode par laquelle on peut leur donner une application pratique. A mon sens, cela constitue une «réalisation ... présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité» et les compositions sont la réalisation pratique de la nouvelle connaissance.

If I am right that the discovery of a new use for these compounds which is capable of practical application is an "invention" within the meaning of the definition, I can find nothing in the statute which would preclude a claim for these compositions. Section 36 does not seem to present a barrier because the inventive ingenuity here lies in the new use for the old compounds and not in the compounds themselves. Having discovered the use, the appellant has then combined the compounds with the appropriate carriers for their application to plants. It is not, in my view, necessary in the case of the discovery of a new use for an old compound that the combination of the compound with the adjuvant be itself novel in any sense other than that it is required in order to give effect to this particular use of the compound. This is not a case where the inventive ingenuity is alleged to lie in the combination; the combination is simply the means of realizing on the newly discovered potential of the compounds. This is a case where the inventive ingenuity is in the discovery of the new use and no further inventive step is required in the application of the compounds to that use, *i.e.* in the preparation of the appropriate compositions.

Si j'ai raison de dire que la découverte d'un usage nouveau et réalisable en pratique de ces composés constitue une «invention» au sens de la définition, je ne vois rien dans la Loi qui interdise une revendication visant ces compositions. L'article 36 ne semble pas constituer un obstacle parce que l'activité inventive se trouve ici dans l'usage nouveau de composés déjà connus et non dans les composés eux-mêmes. Après avoir découvert l'usage, l'appelante a mélangé les composés à des supports appropriés pour les appliquer aux plantes. A mon avis, il n'est pas nécessaire dans le cas de la découverte d'un nouvel usage pour un composé déjà connu que le mélange du composé à l'adjuvant soit lui-même nouveau, sauf dans la mesure où cela est nécessaire pour réaliser cet usage particulier du composé. En l'espèce, on ne prétend pas que l'activité inventive dépend de la combinaison; celle-ci est seulement le moyen de réaliser les possibilités nouvellement découvertes qu'offrent les composés. En l'espèce, l'activité inventive se trouve dans la découverte du nouvel usage et point n'est besoin d'autre activité inventive pour appliquer les composés à cet usage, c.-à-d. préparer les compositions appropriées.

The case which, in my view, is most closely analogous to this one is *Hickton's Patent Syndicate v. Patents and Machine Improvements Co.* (1909), 26 R.P.C. 339. The applicant in that case had an idea for equalizing the consumption of thread on lace-making machines by the process known as "shogging". There was nothing new about "shogging". It was a technique customarily employed in creating a pattern in the piece of lace being made. But it had not hitherto been thought of as a means of equalizing thread consumption. This was done by hand by interchanging the bobbins. It was clear on the evidence that once the idea was formed, no further inventive ingenuity was required in order to put it into effect. The plaintiff, who had obtained a patent on the idea and on its method of carrying it out, brought an action for infringement. The action was tried by Swinfen-Eady J. who held that although the idea of using the technique of "shogging" to equalize thread consumption was new, there was no invention involved in carrying out the idea. The plaintiff's patent was accordingly invalid for want of subject-matter and its action failed. The plaintiff appealed and in allowing the appeal Cozens-Hardy M.R. said at p. 347:

> The learned Judge in his judgment states a proposition which, with the greatest possible respect, seems to me to be a great deal too wide. "An idea may be new and original and very meritorious, but unless there is some invention necessary for putting the idea into practice it is not patentable". That, I venture to say, is not in accordance with the principles which have hitherto been applied in Patent cases, and I do not think it ought to be recognised as the law. When once the idea of applying some well-known thing for a special and new purpose is stated, it may be very obvious how to give effect to that idea, and yet none the less is that a good subject-matter for a Patent.

In his concurring reasons, Fletcher Moulton L.J. was even more critical of the trial judge's statement. I quote from his reasons at the same page:

> After the judgment of the Master of the Rolls I do not intend to enter into the facts of the case, but I do wish to deal with the dictum of the learned Judge in the Court below, which really gives the ground for his decision.

A mon avis, l'affaire *Hickton's Patent Syndicate v. Patents and Machine Improvements Co.* (1909), 26 R.P.C. 339 est celle qui ressemble le plus à la présente espèce. Dans cette affaire-là, le demandeur avait eu l'idée d'équilibrer la consommation du fil sur un métier à dentelle grâce à un procédé connu sous le nom de «secouage», qui avait rien de nouveau. Il s'agit d'une technique ordinairement employée pour produire un dessin dans la pièce de dentelle en cours de fabrication. Mais on n'avait pas songé auparavant à l'utiliser pour équilibrer la consommation du fil. L'équilibrage se faisait à la main en intervertissant les bobines. Il était manifeste d'après la preuve, qu'après avoir eu l'idée, aucune autre activité inventive n'était nécessaire pour la mettre en pratique. Le demandeur qui avait obtenu un brevet pour cette idée et la méthode d'application a intenté une action en contrefaçon. Le juge Swinfen-Eady, qui a entendu l'action, a conclu que même si l'idée de se servir de la technique du «secouage» pour équilibrer la consommation du fil était nouvelle, l'application de cette idée n'était pas le fruit d'une invention. Le brevet du demandeur a donc été déclaré nul, faute d'objet, et son action rejetée. Le demandeur a interjeté appel et le maître des rôles Cozens-Hardy a accueilli l'appel et dit, à la p. 347:

> [TRADUCTION] Le savant juge énonce dans son jugement une proposition qui, avec égards, me semble beaucoup trop générale. «Une idée peut être nouvelle, originale et très valable, mais à moins qu'il faille quelque invention pour la mettre en pratique elle n'est pas brevetable». Je n'hésite pas à dire que cela est contraire aux principes appliqués jusqu'à maintenant en matière de brevet et je ne crois pas qu'il faille en faire un principe de droit. Il se peut qu'une fois qu'on a eu l'idée d'appliquer une chose connue à une fin particulière et nouvelle, le moyen de la mettre en pratique soit évident, l'idée n'est pas moins un objet valable de brevet.

Dans des motifs concordants, le lord juge Fletcher Moulton est encore plus sévère pour la proposition énoncée par le juge de première instance. J'extrais le passage suivant de ses motifs, à la même page:

> [TRADUCTION] Je ne veux pas, après le jugement du maître des rôles, répéter les faits de l'affaire, mais je veux commenter l'opinion sur laquelle le savant juge de première instance a effectivement fondé sa décision. Les

The Defendants contend that although the idea of traversing by "shogging" in order to equalise is new, yet it is not proper subject-matter for a Patent as no invention whatever was necessary to carry it out. The learned Judge says: "An idea may be new and original and very meritorious, but unless there is some invention necessary for putting the idea into practice it is not patentable." With the greatest respect for the learned Judge, that, in my opinion, is quite contrary to the principles of patent law, and would deprive of their reward a very large number of meritorious inventions that have been made. I may say that this dictum is to the best of my knowledge supported by no case, and no case has been quoted to us which would justify it. But let me give an example. Probably the most celebrated Patent in the history of our law is that of *Bolton* and *Watt*, which had the unique distinction of being renewed for the whole fourteen years. The particular invention there was the condensation of the steam, not in the cylinder itself, but in a separate vessel. That conception occurred to *Watt* and it was for that that his Patent was granted, and out of that grew the steam engine. Now can it be suggested that it required any invention whatever to carry out that idea when once you had got it? It could be done in a thousand ways and by any competent engineer, but the invention was in the idea, and when he had once got that idea, the carrying out of it was perfectly easy. To say that the conception may be meritorious and may involve invention and may be new and original, and simply because when you have once got the idea it is easy to carry it out, that that deprives it of the title of being a new invention according to our patent law, is, I think, an extremely dangerous principle and justified neither by reason, nor authority.

It seems to me that in *Hickton's Patent* the English Court of Appeal found that an idea was patentable notwithstanding the lack of any novelty in its implementation. No further invention was required in putting it into practice. As Lord Cozens-Hardy put it:

> When once the idea of applying some well-known thing for a special and new purpose is stated, it may be very obvious how to give effect to that idea, and yet none the less is that a good subject-matter for a Patent.

In my view, this is the thrust of the appellant's appeal to this Court. It says: "I recognize that these compounds are old; I acknowledge that there is nothing inventive in mixing them with these adjuvants once their properties as plant growth

défendeurs soutiennent que même si l'idée de poser la trame par «secouage» pour équilibrer est nouvelle, il n'y a pas là l'objet d'un brevet puisque la mise en pratique de cette idée n'exige aucune invention. Le savant juge dit: «Une idée peut être nouvelle, originale et très valable, mais à moins qu'il faille quelque invention pour la mettre en pratique elle n'est pas brevetable.» Avec égards pour le savant juge, cela est, à mon avis, tout à fait contraire aux principes du droit des brevets et priverait de leur rétribution un très grand nombre d'inventions valables. Je puis dire que cette opinion ne se fonde, à ma connaissance, sur aucune jurisprudence et on ne nous en a pas cité pour la justifier. Qu'on me permette cependant de donner un exemple. Le brevet le plus célèbre dans l'histoire de notre droit est probablement celui de *Bolton* et *Watt*, qui a la caractéristique unique d'avoir été reconduit pendant toute la période de quatorze ans. L'invention précise porte sur la condensation de la vapeur dans une chambre distincte plutôt que dans le cylindre lui-même. C'est *Watt* qui en a eu l'idée et c'est pour elle qu'il a obtenu son brevet et d'elle qu'est né le moteur à vapeur. Peut-on prétendre qu'il faut une invention quelconque pour mettre cette idée en pratique une fois qu'on l'a eue? La réalisation pouvait se faire de mille façons et par tout ingénieur compétent, mais l'invention se trouvait dans l'idée et une fois qu'on en avait eu l'idée, sa réalisation était parfaitement facile. C'est, je crois, un principe très dangereux, irrationnel et dépourvu de fondement d'affirmer que la conception peut être méritoire, être le fruit d'une invention, être nouvelle et originale, et, simplement parce qu'il est facile de mettre une idée à exécution pour peu qu'elle vous soit venue à l'esprit, d'affirmer que cela lui enlève le titre d'invention nouvelle suivant notre législation sur les brevets.

Il me semble que dans l'affaire *Hickton's Patent*, la Cour d'appel d'Angleterre a statué qu'une idée est brevetable même si sa réalisation manque tout à fait de nouveauté. Aucune autre invention n'est nécessaire pour la mettre en pratique. Ainsi que lord Cozens-Hardy le dit:

> [TRADUCTION] Une fois énoncée l'idée d'appliquer une chose bien connue à une fin nouvelle et spécifique, la manière de mettre cette idée en pratique peut être tout à fait évidente, elle n'en demeure pas moins un objet valable de brevet.

A mon avis, c'est le point capital du pourvoi de l'appelant en cette Cour. Elle affirme: [TRADUCTION] «J'admets que ces composés sont déjà connus; j'admets qu'il n'y a aucun esprit inventif à les mélanger à ces adjuvants une fois leur propriété

regulators have been discovered; but I have discovered these properties in those old compounds and I want a patent on the practical embodiment of my invention". I think he is entitled to receive it.

The new compounds:

I turn now to the claims for the compositions containing new compounds. As already mentioned, the main objection to these claims was based on the *Farbwerke Hoechst* line of cases and in particular the Federal Court of Appeal decision in *Agripat* applying the reasoning in *Farbwerke Hoechst* to substances not intended for food or medicine and therefore not subject to the restrictions of s. 41 of the Act. The brief reasons of Heald J. in *Agripat* have already been quoted.

It seems to me that Mr. Justice Heald was in error when he stated that the *Farbwerke Hoechst* line of cases "are indistinguishable on any valid grounds from the case at bar" and that the Commissioner therefore "correctly . . . interpreted and applied the principles established in those cases" to *Agripat*. They were, in my view, distinguishable in a very material respect, namely that they were all cases falling within s. 41 and *Agripat* was not. I do not think it is possible to read those cases without concluding that one of the reasons for the rejection of the composition claims in those cases was that to allow them would permit the applicants to avoid the impact of s. 41 in respect of substances clearly falling within it. I agree with counsel for the appellant that these cases did not establish a broad principle that compositions containing new compounds mixed with an inert carrier were not patentable. They did establish, however, that no inventive ingenuity is involved in mixing a compound with a carrier. Accordingly, if the compound is patented, there is no invention in the composition. That proposition, in my view, makes eminent good sense whether the substance is covered by s. 41 or not and I think it affords an adequate basis for the result reached by the Federal Court of Appeal in *Agripat*.

de régulateurs de croissance végétale connue; mais j'ai découvert ces propriétés particulières de ces composés déjà connus et je demande un brevet à l'égard de la réalisation pratique de mon invention». Je crois qu'il y a droit.

Les nouveaux composés

J'aborde maintenant les revendications relatives aux compositions faites de composés nouveaux. Comme je l'ai déjà mentionné, la contestation principale de ces revendications se fonde sur l'arrêt *Farbwerke Hoechst* et ceux qui l'ont suivi, notamment l'arrêt *Agripat* de la Cour d'appel fédérale qui applique le raisonnement de l'arrêt *Farbwerke Hoechst* à des substances qui ne sont pas destinées à l'alimentation ou à la médication et qui, en conséquence, ne sont pas assujetties aux restrictions de l'art. 41 de la Loi. J'ai déjà cité les brefs motifs du juge Heald dans l'arrêt *Agripat*.

Je crois que le juge Heald a eu tort de dire qu'«aucun motif valable ne permet de distinguer la présente espèce» de l'arrêt *Farbwerke Hoechst* et de la jurisprudence qui l'a suivi et qu'en conséquence le commissaire «a . . . correctement interprété et appliqué les principes énoncés dans ces arrêts» à l'affaire *Agripat*. A mon avis, ces arrêts se distinguent par un aspect essentiel, savoir qu'il s'agit d'affaires relevant de l'art. 41 ce qui n'est pas le cas de l'affaire *Agripat*. Je ne crois pas qu'il soit possible de les lire sans conclure que l'un des motifs du rejet des revendications pour des compositions tient à ce que si on les avait accordées, on aurait ainsi permis aux requérants de se soustraire à l'art. 41 pour des substances auxquelles il s'applique visiblement. Je suis d'accord avec l'avocat de l'appelante que ces arrêts n'établissent pas comme principe général que les compositions qui contiennent de nouveaux composés mélangés à un support inerte ne sont pas brevetables. Ils établissent toutefois que mélanger un composé à un support ne constitue pas une activité inventive. En conséquence si le composé est breveté, il n'y a pas d'invention dans la composition. A mon avis, cette proposition est tout à fait logique, que l'art. 41 s'applique ou non à la substance, et je crois qu'elle donne un fondement raisonnable à la solution adoptée par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Agripat*.

*Agripat* is, of course, distinguishable from the instant case in that no claim is being made for the compounds in this case. Is the appellant correct then in saying that it has a right of election?

In order to answer this question it is, I believe, necessary to consider the effect of s. 36 of the Act. That section requires the applicant to describe in the specification his "invention" and "its operation or use" and to "particularly indicate and distinctly claim the part, improvement or combination which he claims as his invention". Subsection (2) then provides:

> (2) The specification shall end with a claim or claims stating distinctly and in explicit terms the things or combinations that the applicant regards as new and in which he claims an exclusive property or privilege.

In cases such as *Farbwerke Hoechst* it seems to me that s. 36 would constitute a barrier to a claim in respect of the compositions even if no claim had been made or patent existed in these cases in respect of the compounds. Because those cases held that there was no further inventive step involved in mixing the compounds with inert carriers, a claim for the compositions in these cases would, it seems to me, extend beyond the scope of the invention and violate s. 36. The applicants therefore would have no election in such cases. They could not opt for a patent on the compositions instead of on the compounds. Does the appellant here face the same problem?

It seems to me that it does not. If I am right in my earlier conclusion in relation to the compositions containing the old compounds, namely that there is inventive ingenuity in the idea of using compounds having this particular chemical structure as plant growth regulators, then the appellant's invention in the case of the new compounds did not stop with the creation of the compounds and the patenting of the compounds would not give it protection for its idea. The mixture of the compounds with the appropriate adjuvants was necessary in order to embody the idea in practical form. It cannot therefore be said that in this case there is

Il va de soi que l'arrêt *Agripat* se distingue de la présente espèce en ce qu'ici il n'y a pas de revendication à l'égard des composés. L'appelante a-t-elle raison de dire qu'elle a un choix?

Pour répondre à cette question, il faut, je crois, examiner la portée de l'art. 36 de la Loi. Cet article dispose que le demandeur doit, dans le mémoire, décrire son «invention» et «son application ou exploitation» et «particulièrement indiquer et distinctement revendiquer la partie, le perfectionnement ou la combinaison qu'il réclame comme son invention». Le paragraphe (2) édicte ceci:

> (2) Le mémoire descriptif doit se terminer par une ou plusieurs revendications exposant distinctement et en termes explicites les choses ou combinaisons que le demandeur considère comme nouvelles et dont il revendique la propriété ou le privilège exclusif.

Dans les affaires comme l'arrêt *Farbwerke Hoechst*, il me semble que l'art. 36 empêche toute revendication à l'égard de compositions même si l'on n'avait pas présenté de revendication ou s'il n'existait pas de brevet dans ces affaires-là en raison des composés. Parce que la jurisprudence détermine qu'il n'y a pas d'autre démarche inventive à mélanger les composés à des supports inertes, une revendication pour les compositions dans ces affaires-là aurait, à mon sens, une portée qui dépasse celle de l'invention et contreviendrait à l'art. 36. Les requérants n'auraient donc pas de choix dans des affaires semblables. Ils ne pourraient choisir un brevet sur les compositions plutôt qu'un brevet sur les composés. L'appelante en l'espèce est-elle confrontée au même problème?

Il me semble qu'elle ne l'est pas. Si j'ai eu raison de conclure précédemment, à propos des compositions contenant des composés déjà connus, que l'idée d'utiliser comme régulateurs de croissance végétale des composés qui possèdent cette structure chimique particulière, est le fruit d'une activité inventive, alors, dans le cas des nouveaux composés, l'invention de l'appelante ne se limite pas à la création des composés et breveter les composés ne lui accorderait pas la protection de son idée. Le mélange des composés à des adjuvants appropriés était nécessaire pour donner une forme pratique à l'idée. On ne peut donc dire que, dans

no inventive step involved in mixing the compounds with carriers appropriate for their application to plants. It is true, as counsel for the Commissioner submitted, that once it is decided that these compounds are to be applied to plants, no inventive step is involved in selecting the appropriate carriers; they are common knowledge in the field. But I think this is to miss the point. A disembodied idea is not *per se* patentable. But it will be patentable if it has a method of practical application. The appellant has shown a method of practical application in this case.

In *Tennessee Eastman Co. v. Commissioner of Patents* (1970), 62 C.P.R. 117 (Ex. Ct.), aff'd [1974] S.C.R. 111, the applicant sought a patent on a method of closing incisions following surgery by the use of an adhesive substance discovered to have a marked affinity for adhering to living tissue. The Commissioner refused the patent on the basis that this was not the kind of discovery (the adhesive itself not being new) which fell within the definition of "invention" in the Act. In particular, he found that it was not an "art" because it was useful only in the process of surgical or medical treatment and produced no result in relation to trade, commerce or industry. The applicant appealed to the Exchequer Court and the issue there was limited to the question whether this use of the adhesive fell within the meaning of new and useful "art" or "process" within the meaning of the *Patent Act*. It was held that it did not for the reasons given by the Commissioner. In effect, it was not patentable because it was essentially non-economic and unrelated to trade, industry or commerce. It was related rather to the area of professional skills. The Court, however, affirmed that "art" was a word of very wide connotation and was not to be confined to new processes or products or manufacturing techniques but extended as well to new and innovative methods of applying skill or knowledge provided they produced effects or results commercially useful to the public.

ce cas, il n'y a pas d'activité inventive à mélanger les composés aux supports appropriés pour leur application aux plantes. Il est vrai, comme l'avocat du commissaire le soutient, qu'une fois qu'on a décidé d'appliquer ces composés aux plantes, le choix des supports appropriés ne constitue pas une démarche inventive; leur usage à cette fin est connu des hommes de l'art. Je crois cependant que là n'est pas la question. Une idée désincarnée n'est pas brevetable en soi. Mais elle le sera s'il existe une méthode pratique de l'appliquer. L'appelante a montré en l'espèce une méthode pratique d'application.

Dans l'arrêt *Tennessee Eastman Co. c. Commissaire des brevets* (1970), 62 C.P.R. 117 (C. de l'É.), confirmé par [1974] R.C.S. 111, la requérante demandait un brevet à l'égard d'une méthode de suture après une intervention chirurgicale qui consiste à utiliser une substance adhésive à laquelle on avait découvert la propriété d'adhérer fermement au tissu vivant. Le commissaire a refusé le brevet parce qu'il ne s'agissait pas de la sorte de découverte (l'adhésif lui-même n'étant pas nouveau) qui répond à la définition d'«invention» au sens de la Loi. Il a conclu notamment qu'il ne s'agissait pas d'une «réalisation» parce qu'elle ne servait qu'à l'occasion de traitements médicaux ou chirurgicaux et qu'elle n'avait pas d'incidence sur le commerce ou l'industrie. La requérante a interjeté appel à la Cour de l'Échiquier où la seule question à déterminer était celle de savoir si cette utilisation de l'adhésif était visée par l'expression «réalisation ou procédé présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité» au sens de la *Loi sur les brevets*. On a conclu qu'elle ne l'était pas pour les motifs donnés par le commissaire. En effet la substance n'était pas brevetable parce qu'elle était essentiellement de nature non économique et non reliée au commerce ou à l'industrie. Elle appartenait plutôt au domaine de la compétence professionnelle. La Cour a cependant affirmé que «réalisation» est un mot très général et qu'il ne faut pas le restreindre aux nouveaux procédés, produits ou techniques de fabrication mais qu'il faut l'appliquer aussi aux méthodes nouvelles et innovatrices qui servent à appliquer des connaissances ou des compétences pourvu qu'elles produisent des effets ou des résultats utiles pour le public de façon commerciale.

An effort to articulate this broader concept of the term "art" was made by Cattanach J. in *Lawson v. Commissioner of Patents* (1970), 62 C.P.R. 101. In that case a patent was being sought on a new method of describing the boundaries of a plot of land. The application was rejected, again not because the subject-matter of the application was not an "art" within the meaning of the definition in the Act but because, like the new use for the adhesive in *Tennessee Eastman*, it related to professional skills rather than to trade, industry or commerce. In the course of his reasons Mr. Justice Cattanach said at pp. 109-10;

> An art or operation is an act or series of acts performed by some physical agent upon some physical object and producing in such object some change either of character or of condition. It is abstract in that, it is capable of contemplation of the mind. It is concrete in that it consists in the application of physical agents to physical objects and is then apparent to the senses in connection with some tangible object or instrument.
>
> In the earlier development of patent law, it was considered that an invention must be a vendible substance and that unless a new mode of operation created a new substance the invention was not entitled to a patent, but if a new operation created a new substance the patentable invention was the substance and not the operation by which it was produced. This was the confusion of the idea of the end with that of means. However, it is now accepted that if the invention is the means and not the end, the inventor is entitled to a patent on the means.

There is no question as to the practical utility of the appellant's discovery. It is no more a disembodied idea than the applicant's discovery of a method of equalization of thread consumption in *Hickton's Patent*. It is a newly discovered means of regulating the growth of plants and is accordingly a "new and useful art" having economic value in the field of trade, industry and commerce. I find no obstacle in s. 36 or any other provision of the Act to the grant of a patent to the appellant on these compositions. I make no observation, however, on whether or not the appellant can succeed in a subsequent application for patent on a subor-

Dans *Lawson c. Commissaire des brevets* (1970), 62 C.P.R. 101, le juge Cattanach a tenté de mieux cerner ce concept général de «réalisation». Dans cette affaire-là, on demandait un brevet pour une nouvelle méthode servant à décrire les limites d'une parcelle de terre. La demande a été rejetée non pas, encore une fois, parce que l'objet de la demande n'était pas une «réalisation» au sens de la définition que donne la Loi, mais parce que, comme le nouvel usage de la substance comme adhésif dans l'affaire *Tennessee Eastman*, la demande avait trait à des compétences professionnelles plutôt qu'au commerce ou à l'industrie. Dans ses motifs de jugement, le juge Cattanach dit aux pp. 109 et 110:

> Une réalisation ou une exploitation consiste en un acte ou une série d'actes effectués sur un objet matériel au moyen d'un agent physique et qui produisent dans cet objet un changement de nature ou d'état. Il s'agit d'une chose abstraite en ce sens que l'esprit peut l'imaginer. Il s'agit d'une chose concrète en ce sens qu'on applique des agents physiques à des objets matériels et que les sens peuvent alors percevoir un objet ou un instrument tangible.
>
> Au cours de l'évolution des principes juridiques relatifs aux brevets, on a déjà considéré qu'une invention doit consister en une substance que l'on peut vendre et que, sauf si on inventait une nouvelle substance par un nouveau procédé, l'invention ne pouvait pas donner lieu à un brevet, mais que si on inventait une nouvelle substance, par un nouveau procédé, l'invention qui pouvait être brevetée était la substance et non pas le procédé. On confondait alors la fin et les moyens. Cependant il est maintenant reconnu que si l'invention est un moyen et non pas une fin, l'inventeur a droit à un brevet sur ce moyen.

L'utilité pratique de la découverte de l'appelante est incontestable. Ce n'est pas plus une idée désincarnée que la découverte d'une méthode permettant d'équilibrer l'utilisation du fil dans l'affaire *Hickton's Patent*. C'est un moyen nouveau de régulariser la croissance végétale et c'est par conséquent une réalisation ayant le caractère d'utilité et de nouveauté qui possède une valeur économique dans le commerce et l'industrie. Je ne vois ni dans l'art. 36, ni dans aucune autre disposition de la Loi d'obstacle à l'octroi d'un brevet à l'appelante à l'égard de ces compositions. Je ne ferai pas de commentaire cependant sur la question de

dinate element of its invention, namely the compounds themselves. This is not before us, the appellant having abandoned such a claim at an early stage of the proceedings.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal and the decision of the Commissioner, and refer the matter back to the Commissioner for the issue of a patent on claims 1 to 11 inclusive. I would make no order as to costs having regard to s. 25 of the *Patent Act*.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Smart & Biggar, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.*

savoir si l'appelante peut avoir gain de cause dans une autre demande de brevet à l'égard d'un élément dérivé de son invention, savoir les composés eux-mêmes. Cette question ne nous est pas soumise puisque l'appelante y a renoncé au début des procédures.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et la décision du commissaire, de renvoyer l'affaire au commissaire pour qu'il délivre un brevet relativement aux revendications 1 à 11 inclusivement. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens conformément à l'art. 25 de la *Loi sur les brevets*.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelante: Smart & Biggar, Ottawa.*

*Procureur de l'intimé: R. Tassé, Ottawa.*

**Atco Ltd. and 99139 Canada Inc.** *Appellants*;

and

**Calgary Power Ltd., City of Calgary, City of Edmonton, Consumers Association of Canada (Alberta), City of Medicine Hat, Sunlife Assurance Company of Canada, Gordon Securities Limited, City of Red Deer, Town of Fort MacLeod, W. Arsene, Town of Coalhurst and Town of Picture Butte, Public Utilities Board, Canadian Western Natural Gas Company Limited, Northwestern Utilities Limited and Alberta Power Limited** *Respondents*;

and between

**Canadian Utilities Limited, Canadian Western Natural Gas Company Limited, Northwestern Utilities Limited and Alberta Power Limited** *Appellants*;

and

**Atco Ltd., 99139 Canada Inc., Calgary Power Ltd., City of Calgary, City of Edmonton, Consumers Association of Canada (Alberta), City of Medicine Hat, Sunlife Assurance Company of Canada, Gordon Securities Limited, City of Red Deer, Town of Fort MacLeod, W. Arsene, Town of Coalhurst, Town of Picture Butte and the Public Utilities Board of the Province of Alberta** *Respondents*.

File Nos.: 16356 and 16359.

1982: May 5 and 6; 1982: November 2.

Present: Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF ALBERTA

*Company law — Ownership — Control — Takeover bid by company holding regulated public utility subsidiaries for another utility company — Union of owners of public utility companies subject to Public Utility Board consent — Owner statutorily defined as person "owning, operating, managing or controlling" a public utility — Interim order restraining takeover — Whether or not company making takeover bid an owner and subject to Board's jurisdiction — The Public Utili-*

**Atco Ltd. et 99139 Canada Inc.** *Appelantes*;

et

**Calgary Power Ltd., Ville de Calgary, Ville d'Edmonton, Consumers Association of Canada (Alberta), Ville de Medicine Hat, Sunlife du Canada Compagnie d'assurance-vie, Gordon Securities Limited, Ville de Red Deer, Ville de Fort MacLeod, W. Arsene, Ville de Coalhurst et Ville de Picture Butte, Public Utilities Board, Canadian Western Natural Gas Company Limited, Northwestern Utilities Limited et Alberta Power Limited** *Intimés*;

et entre

**Canadian Utilities Limited, Canadian Western Natural Gas Company Limited, Northwestern Utilities Limited et Alberta Power Limited** *Appelantes*;

et

**Atco Ltd., 99139 Canada Inc., Calgary Power Ltd., Ville de Calgary, Ville d'Edmonton, Consumers Association of Canada (Alberta), Ville de Medicine Hat, Sunlife du Canada Compagnie d'assurance-vie, Gordon Securities Limited, Ville de Red Deer, Ville de Fort MacLeod, W. Arsene, Ville de Coalhurst, Ville de Picture Butte et la Public Utilities Board of the Province of Alberta** *Intimés*.

N^os^ du greffe: 16356 et 16359.

1982: 5 et 6 mai; 1982: 2 novembre.

Présents: Les juges Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

*Droit des compagnies — Propriété — Contrôle — Offre de prise de contrôle par une société qui détient pour une autre société de service des filiales de service public réglementées — Union de propriétaires de sociétés de services publics assujettie au consentement de la Commission des services publics — Par définition dans la Loi, propriétaire désigne une personne qui «possède, exploite, dirige ou contrôle» une entreprise de service public — Ordonnance provisoire qui empêche la prise*

*ties Board Act, R.S.A. 1970, c. 302, ss. 2(i), (j), 29, 79(2), (3), 98.*

Atco owned 58.1 per cent of the shares of Canadian Utilities, which in turn owned virtually all the shares of three Alberta public utilities, including Alberta Power. Calgary Power owned 41 per cent of the shares in Canadian Utilities. Atco, in a takeover bid, offered to buy 50.1 per cent of the outstanding stock of Calgary Power. In an attempt to prevent the takeover, Calgary Power successfully applied to the Public Utilities Board of Alberta for an interim or final order restraining Atco from proceeding. Section 98 of *The Public Utilities Board Act* provided that where an owner of a public utility was authorized to unite with the owner of any other public utility, the union was subject to the consent of the Board. The Board, in making its interim order, found Atco to be an "owner of a public utility" for the purposes of the Act and therefore subject to its jurisdiction. In this appeal from the Court of Appeal's judgment upholding the Board's finding, appellant maintained it was not an "owner of a public utility" and so not subject to the Board's jurisdiction.

*Held* (Ritchie, McIntyre and Wilson JJ. dissenting.): The appeal should be dismissed.

*Per* Beetz, Estey, Chouinard and Lamer JJ.: Appellant was an owner of a public utility and accordingly came within s. 98 authorizing the Board to intervene in the takeover transaction. The statutory definition of "owner of a public utility" includes a person without legal ownership of the system but having the power to control. The word "controlling" used in the definition extended to the operational realities of control and was not confined to immediate day to day factual control of the operation and management of the utility. "Unite" and "union", used in s. 98, included a union or combination of companies or their respective undertakings by one company's acquisition of another company's shares.

*Per* Ritchie, McIntyre and Wilson JJ., *dissenting*: A parent company as a matter of law does not own, operate, manage or control the physical plant of its

*de contrôle — La société qui présente l'offre de prise de contrôle est-elle un propriétaire assujetti à la compétence de la Commission? — The Public Utilities Board Act, R.S.A. 1970, chap. 302, art. 2i), j), 29, 79(2),(3), 98.*

Atco possédait 58.1 pour 100 des actions de Canadian Utilities qui détenait elle-même à peu près toutes les actions de trois entreprises de services publics en Alberta, y compris Alberta Power. Calgary Power possédait 41 pour 100 des actions de Canadian Utilities. Dans une offre de prise de contrôle, Atco a offert d'acheter 50.1 pour 100 des actions en circulation de Calgary Power. Pour essayer d'empêcher la prise de contrôle, Calgary Power a demandé à la Public Utilities Board de l'Alberta une ordonnance provisoire ou définitive qui empêcherait Atco de poursuivre l'opération et a eu gain de cause. L'article 98 de *The Public Utilities Board Act* prévoit que lorsque le propriétaire d'une entreprise de service public est autorisé à s'unir avec le propriétaire de toute autre entreprise de service public, l'union est assujettie au consentement de la Commission. Lorsqu'elle a rendu son ordonnance provisoire, la Commission a conclu qu'Atco est un «propriétaire d'une entreprise de service public» aux fins de la Loi et qu'elle est par conséquent assujettie à sa compétence. Dans le présent pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel qui a maintenu la décision de la Commission, l'appelante fait valoir qu'elle n'est pas un «propriétaire d'une entreprise de service public» et qu'elle n'est pas assujettie à la compétence de la Commission.

*Arrêt* (les juges Ritchie, McIntyre et Wilson sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*Les* juges Beetz, Estey, Chouinard et Lamer: L'appelante est propriétaire d'une entreprise de service public et est par conséquent assujettie à l'art. 98 qui autorise la Commission à intervenir dans l'opération de prise de contrôle. La Loi inclut dans la définition de «propriétaire d'une entreprise de service public» une personne qui n'a pas de droit de propriété sur l'entreprise mais qui exerce un contrôle sur l'entreprise. Le terme «contrôle» qu'emploie la définition s'étend aux modalités pratiques de contrôle et ne se limite pas au contrôle quotidien de l'exploitation et de la gestion de l'entreprise. Les mots «s'unir» et «union» qu'emploie l'art. 98 visent une union ou réunion de sociétés ou de leurs entreprises respectives par suite de l'acquisition par une société des actions de l'autre.

*Les* juges Ritchie, McIntyre et Wilson, *dissidents*: On ne peut dire qu'en droit, une société mère possède, exploite, dirige ou contrôle les installations matérielles

subsidiary for its proprietary interest is in the shares held and not in the subsidiary's assets. Although the parent may "control" the assets of the subsidiary in fact if not in law, that *de facto* control still does not bring the parent within the definition of "owner of a public utility". The word "control" used in that definition is not used as a term of art in the corporate law context but in its ordinary dictionary meaning of having day to day control of the physical plant and its operations.

[*Her Majesty in right of Alberta v. Canadian Transport Commission*, [1978] 1 S.C.R. 61; *In re Suburban Rapid Transit Co.*, [1931] 1 W.W.R. 778, considered; *Saine v. Beauchesne and Gobeil*, [1963] S.C.R. 435; *Army and Navy Department Store Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1953] 2 S.C.R. 496; *The St. Louis Breweries Ltd. v. Apthorpe* (1899), 79 L.T. 551; *Covert v. Minister of Finance of the Province of Nova Scotia*, [1980] 2 S.C.R. 774; *Buckerfield's Limited v. Minister of National Revenue*, [1965] 1 Ex. C.R. 299; *British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners*, [1943] A.C. 335; *Vineland Quarries and Crushed Stone Limited v. Minister of National Revenue*, [1966] Ex. C.R. 417; *Barlow v. Teal* (1885), 15 Q.B.D. 403; *Alleghany Corp. v. Breswick & Co.* (1957), 353 U.S. 151, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1980), 117 D.L.R. (3d) 332, 24 A.R. 300, confirming an order of the Public Utilities Board of Alberta. Appeal dismissed, Ritchie, McIntyre and Wilson JJ. dissenting.

*J. F. Howard, Q.C.*, and *A. D. Macleod*, for the appellants Atco Ltd. *et al.*

*Tom Mayson, Q.C.*, for the appellants Canadian Utilities Limited *et al.*

*Miles Patterson, Q.C.*, *Brian Crane, Q.C.*, and *High D. Williamson*, for the respondent Calgary Power Ltd.

*Douglas A. Larder*, for the respondent the City of Calgary.

*C. P. Clarke* and *A. V. Lapko*, for the respondent the Public Utilities Board of Alberta.

de sa filiale puisque son droit de propriété s'attache aux actions qu'elle possède et non aux biens de sa filiale. Bien qu'une société mère puisse contrôler les biens de sa filiale en fait sinon en droit, ce contrôle de fait de ces biens ne fait pas relever la société mère de la définition de «propriétaire d'une entreprise de service public». Le terme «contrôle» qu'emploie cette définition ne l'est pas comme terme technique du droit des compagnies mais au sens ordinaire que lui donnent les dictionnaires, soit le contrôle quotidien des installations matérielles et de leurs opérations.

[Jurisprudence: arrêts examinés: *Sa Majesté du chef de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61; *In re Suburban Rapid Transit Co.*, [1931] 1 W.W.R. 778; arrêts mentionnés: *Saine c. Beauchesne and Gobeil*, [1963] R.C.S. 435; *Army and Navy Department Store Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1953] 2 R.C.S. 496; *The St.Louis Breweries Ltd. v. Apthorpe* (1899), 79 L.T. 551; *Covert c. Ministre des Finances de la province de la Nouvelle-Écosse*, [1980] 2 R.C.S. 774; *Buckerfield's Limited c. Minister of National Revenue*, [1965] 1 R.C. de l'É. 299; *British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners*, [1943] A.C. 335; *Vineland Quarries and Crushed Stone Limited c. Minister of National Revenue*, [1966] R. C. de l'É. 417; *Barlow v. Teal* (1885), 15 Q.B.D. 403; *Alleghany Corp. v. Breswick & Co.* (1957), 353 U.S. 151.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1980), 117 D.L.R. (3d) 332, 24 A.R. 300, qui a confirmé une ordonnance de la Public Utilities Board de l'Alberta. Pourvoi rejeté, les juges Ritchie, McIntyre et Wilson sont dissidents.

*J. F. Howard, c.r.*, et *A. D. Macleod*, pour les appelantes Atco Ltd. et autres.

*Tom Mayson, c.r.*, pour les appelantes Canadian Utilities Limited et autres.

*Miles Patterson, c.r.*, *Brian Crane, c.r.*, et *High D. Williamson*, pour l'intimée Calgary Power Ltd.

*Douglas A. Larder*, pour l'intimée la ville de Calgary.

*C. P. Clarke* et *A. V. Lapko*, pour l'intimée la Public Utilities Board de l'Alberta.

The reasons of Ritchie, McIntyre and Wilson JJ. were delivered by

WILSON J. (*dissenting*)—My colleague, Mr. Justice Estey, has set out in his reasons for judgment the context in which the issue before the Court on this appeal has arisen and it is not necessary to deal with it further. The issue is a very narrow one: does a parent company own the public utility of its subsidiary for purposes of *The Public Utilities Board Act* of Alberta?

The starting point is the definition section of the Act. "Public utility" is defined as follows in s. 2(*j*):

> **2.** ...
>
> (*j*) "public utility" means
>
> (i) any system, works, plant, equipment or service for the conveyance of telecommunications,
>
> (ii) any system, works, plant, equipment or service for the conveyance of travellers or goods over a railway, street railway or tramway,
>
> (iii) any system, works, plant, equipment or service for the production, transmission, delivery or furnishing of water, heat, light or power, either directly or indirectly, to or for the public, and
>
> (iv) any oil pipe line the proprietor of which may be declared by the Energy Resources Conservation Board to be a common carrier;

"Owner of a public utility" is defined in s. 2(*i*):

> **2.** ...
>
> (*i*) "owner of a public utility" means
>
> (i) a person owning, operating, managing or controlling a public utility and whose business and operations are subject to the legislative authority of the Province, and the lessees, trustees, liquidators thereof or any receivers thereof appointed by any court, but
>
> (ii) does not include a municipality that has not voluntarily come under this Act in the manner provided in this Act;

Version française des motifs des juges Ritchie, McIntyre et Wilson rendus par

LE JUGE WILSON (*dissidente*)— Mon collègue le juge Estey a énoncé, dans ses motifs de jugement, le contexte dans lequel s'est posée la question soumise à la Cour dans le présent pourvoi et il est inutile d'en dire plus. La question est très précise: une société mère est-elle propriétaire de l'entreprise de service public de sa filiale aux fins de *The Public Utilities Board Act* de l'Alberta?

Le point de départ est l'article de définition contenu dans la Loi. L'expression [TRADUCTION] «entreprise de service public» est ainsi définie à l'al. 2*j*):

> [TRADUCTION] **2.** ...
>
> *j*) «entreprise de service public» signifie
>
> (i) tout ouvrage, installation, usine, équipement ou service destiné à la transmission de télécommunications,
>
> (ii) tout ouvrage, installation, usine, équipement ou service destiné au transport de voyageurs ou de marchandises par chemins de fer, chemins de fer urbains ou tramway,
>
> (iii) tout ouvrage, installation, usine, équipement ou service servant à la production, à la distribution, à la livraison ou à la fourniture directe ou indirecte d'eau, de chauffage, d'éclairage ou d'électricité au public, et
>
> (iv) tout oléoduc dont l'Energy Resources Conservation Board peut déclarer le propriétaire transporteur public;

L'expression [TRADUCTION] «propriétaire d'une entreprise de service public» est définie à l'al. 2*i*).

> [TRADUCTION] **2.** ...
>
> *i*) «propriétaire d'une entreprise de service public» signifie
>
> (i) une personne qui possède, exploite, dirige ou contrôle une entreprise de service public et dont les affaires et opérations sont assujetties à la compétence législative de la province, et les locataires, fiduciaires et liquidateurs de l'entreprise ou tout syndic nommé par une cour, mais
>
> (ii) ne comprend pas une municipalité qui ne s'est pas assujettie volontairement à la présente loi de la manière qui y est prévue;

I agree with my colleague that the public utility as defined is the physical plant and associated service. I differ from him in my analysis of the definition of "owner of a public utility".

I do not believe that a parent company as a matter of law "owns" or "operates" or "manages" or "controls" the physical plant of its subsidiary. To so hold would be to completely ignore a well-settled and, I believe, quite fundamental principle of corporate law, namely, that shareholders have no proprietary interest in the assets of the company in which they hold shares. Their proprietary interest is in their shares only. It is submitted, however, on behalf of Calgary Power Ltd. (and the submission was successful before both the Public Utilities Board and the Alberta Court of Appeal) that a parent may "control" the assets of its subsidiary in fact if not in law and that *de facto* control of such assets brings the parent within the meaning of "owner of a public utility" as defined.

I think that in considering the merits of that submission it is necessary to distinguish between the word "control" as a term of art in a corporate law context and the word "control" in its ordinary dictionary meaning. As I understand the word "control" as a term of art in a corporate law context, it is not directed to control of the physical assets of the underlying company but to control of the company itself. This is the kind of *de facto* control Atco may have over the public utility company if its offer is accepted. *De facto* control in this sense may obviously be obtained in a number of ways. It may be obtained by a majority holding of shares but it may be obtained by considerably less than a majority holding if the shares are widely held. It may be obtained through voting rights not commensurate with shareholding at all or through the right to appoint and remove directors. But it seems to me that when we are talking about this kind of *de facto* control we are always talking of control over the company and not over its assets. The company itself continues to own, operate, manage and control its assets regardless of who owns or controls it. This, as I understand it,

Je suis d'accord avec mon collègue que l'entreprise de service public ainsi définie comprend les installations matérielles et les services qu'on en tire. Je fais cependant une analyse différente de la définition de «propriétaire d'une entreprise de service public».

Je ne crois pas qu'en droit une société mère «possède», «exploite», «dirige» ou «contrôle» les installations matérielles de sa filiale. Pour arriver à une telle conclusion, il faudrait ignorer complètement un principe bien établi et, à mon avis, tout à fait fondamental du droit des compagnies, qui porte notamment que les actionnaires n'ont aucun droit de propriété sur les biens de la société dont ils détiennent des actions. Leur droit de propriété se limite aux actions. On fait valoir toutefois, au nom de Calgary Power Ltd., (et la Public Utilities Board et la Cour d'appel de l'Alberta ont toutes les deux accepté cet argument) qu'une société mère peut «contrôler» les biens de sa filiale, en fait sinon en droit, et que le contrôle de fait de ces biens fait relever la société mère de la définition de «propriétaire d'une entreprise de service public».

Je crois que pour étudier le fond de cet argument, il faut distinguer le sens du mot «contrôle» comme terme technique du droit des compagnies du sens ordinaire que lui donnent les dictionnaires courants. Si je comprends bien, le mot «contrôle» comme terme technique du droit des compagnies, ne vise pas le contrôle des biens matériels de la société mère, mais le contrôle de la société elle-même. C'est la sorte de contrôle de fait qu'Atco pourra avoir sur l'entreprise de service public si son offre est acceptée. Le contrôle de fait, pris en ce sens, peut évidemment s'acquérir de différentes façons. On peut l'obtenir en détenant plus de la moitié des actions, mais aussi en détenant beaucoup moins que la moitié des actions si elles sont très dispersées. On peut aussi l'obtenir au moyen de droits de vote non proportionnels à la propriété des actions ou au moyen du droit de nommer et de destituer les administrateurs. Mais, il me semble que lorsqu'on parle de ce type de contrôle de fait, on parle toujours du contrôle de la société et non de ses biens. La société elle-même continue de posséder, d'exploiter, de diriger et de contrôler ses biens peu importe qui la possède ou la contrôle.

is the essence of the separate legal personality of the incorporated company recognized by the House of Lords in the celebrated case of *Salomon v. Salomon and Co.*, [1897] A.C. 22. Since the *Salomon* case the complete separation of the company and its members has never been doubted. It is true that there are instances in which the legislature and the courts have allowed the corporate veil to be lifted but when the legislature has done this it has done it by express statutory provision, for example, by expressly providing that the members of a company may become personally liable for the company's debts if the company continues to do business at a time when the number of its members has fallen below a prescribed minimum. The courts have permitted the veil to be lifted if the corporate personality was being used as a cloak for fraud or improper conduct. The courts, however, have only construed statutes as permitting the corporate veil to be lifted if compelled to do so by the clear language of the legislation.

The question, it seems to me, boils down to this. Even supposing that the acceptance of the appellant's offer gives it *de facto* control over the public utility companies whose shares are the subject of the offer, does this give it control over the assets of those companies within the meaning of s. 2(*i*) of the Act? I do not think it does. I think the word "control" here is used in its ordinary dictionary meaning and means the person having the day to day control of the physical plant and its operations. This, in my view, means the public utility companies themselves. I am confirmed in this view by three things. The first is that the definition of owner includes lessees, trustees, liquidators and receivers and it seems to me that those are persons into whose hands the physical plant and its operation might fall. The second is that the obligations imposed on "owners" under the various sections of the statute are more appropriately discharged by persons having the day to day control of the physical plant and its operations, *e.g.* the filing of the required rates and schedules. But perhaps most important of all, I find it hard to believe that the legislature intended by inserting the word "controlling" in s. 2(*i*) to extend the definition of owner to shareholders and others controlling the com-

C'est là, si je comprends bien, l'essence de la personnalité juridique distincte d'une société constituée que la Chambre des lords a consacrée dans l'arrêt célèbre *Salomon v. Salomon and Co.*, [1897] A.C. 22. Depuis l'arrêt *Salomon*, la séparation totale de la société et de ses membres n'a jamais été mise en doute. Il y a certes des cas où le législateur et les cours ont permis de lever le voile corporatif, mais quand le législateur l'a fait, c'est par des dispositions législatives expresses, par exemple, en prévoyant expressément que les membres d'une société peuvent devenir personnellement responsables des dettes de la société si celle-ci continue de faire affaires au moment où le nombre de ses membres est devenu inférieur au nombre minimum prescrit. Les cours ont permis de lever ce voile si la personnalité morale était utilisée pour couvrir une fraude ou une inconduite. Les cours ont toutefois estimé que les lois ne permettaient de lever le voile corporatif que si elles étaient forcées de le faire par les termes explicites de la loi elle-même.

A mon sens, la question se réduit à ceci: même en supposant que l'acceptation de l'offre de l'appelante lui permette d'acquérir le contrôle de fait des entreprises de services publics dont les actions sont visées par l'offre, l'appelante acquiert-elle ainsi le contrôle des biens de ces entreprises au sens de l'al. 2*i*) de la Loi? Je ne le crois pas. Je crois que le mot «contrôle» en l'espèce est employé dans son sens courant et qu'il signifie la personne qui contrôle au jour le jour les installations matérielles et leurs opérations. Cela vise à mon sens les entreprises de services publics elles-mêmes. Trois choses confirment mon opinion. Premièrement, la définition de propriétaire comprend les locataires, les fiduciaires, les liquidateurs et les syndics et il me semble que ce sont des personnes entre les mains desquelles les installations matérielles et leur exploitation sont susceptibles de se retrouver. Deuxièmement, les obligations imposées aux «propriétaires» en vertu des différents articles de la Loi sont mieux assumées par les personnes qui contrôlent au jour le jour les installations matérielles et leurs opérations comme, par exemple, le dépôt de tarifs et de barèmes. Et, ce qui est probablement le plus important, j'ai peine à croire que le législateur a voulu, en employant le mot «contrôle» à l'al. 2*i*),

pany which owns the public utility plant and operation. I am persuaded that it is not necessary to give that meaning to the word "controlling" because its ordinary dictionary meaning is fully in accord with the other language of the section, particularly "operating" and "managing". I think the common denominator of the persons identified as owners within the definition is that they are in charge of the plant. They either operate it, manage or control it. They are, in other words, in the corporate context the operating companies or public utility companies themselves.

I may say that I do not view the task of the Court on this appeal as being to decide whether to give a narrow or a broad interpretation to the word "controlling" in s. 2(*i*), the narrow being allegedly the one which would exclude the appellant from being an owner and the broad being the one which would include it. In my opinion, the issue is whether the concept of control as a term of art should be injected into a definition which makes very good sense in its ordinary dictionary meaning. In other words, the question is whether the Court should find that the legislature intended, when it spoke of a person controlling the assets of a public utility company, to look through the public utility company itself to its share-holders and find that they controlled the assets. We are concerned with the intention of the legislature in using the word "controlling" in the context of the definition section. Does it simply mean "controlling" in an analogous sense to "operating" or "managing", *i.e.* exercising physical control over the plant or does it have this more sophisticated meaning of control through share ownership? That, it seems to me, is the issue before us and I think that in resolving it the Court must have regard to well-settled principles of corporate law. I would respectfully adopt the reasons of Mr. Justice Spence in *Her Majesty in right of Alberta v. Canadian Transport Commission*, [1978] 1 S.C.R. 61, where he said at p. 82:

To give the interpretation to regulation 19 sought by the respondent would have very far reaching effect in corporate shareholding and dealing in corporate shares. PWA is a public company. Its shares, therefore, may be traded freely on the market whether or not its stock is

étendre la définition de propriétaire aux actionnaires et autres personnes qui contrôlent la société qui est propriétaire de l'entreprise de service public. Je suis convaincue qu'il n'est pas nécessaire de donner ce sens au mot «contrôle» parce que son sens courant est tout à fait compatible avec les autres termes de l'article, notamment «exploite» et «dirige». Je crois que le trait commun des personnes identifiées comme propriétaires au sens de la définition tient à ce qu'elles sont responsables des installations. Elles les exploitent, les dirigent ou les contrôlent. En d'autres termes, elles constituent en droit des compagnies les sociétés exploitantes ou entreprises de service public elles-mêmes.

Je dirai que je considère que la Cour n'a pas à décider en l'espèce si on doit donner une interprétation libérale ou restrictive au mot «contrôle» de l'al. 2*i*); suivant l'interprétation restrictive l'appelante ne serait pas un propriétaire et suivant l'interprétation libérale elle le serait. A mon avis, la question est de savoir si l'on doit insérer la notion technique de contrôle dans une définition qui est très logique selon le sens ordinaire de ses termes. Autrement dit, la Cour doit-elle conclure que le législateur a voulu, en parlant d'une personne qui contrôle les biens d'une entreprise de service public, aller au delà de l'entreprise elle-même pour atteindre ses actionnaires et conclure qu'ils ont le contrôle de ses biens? Nous nous intéressons à l'intention qu'avait le législateur en utilisant le mot «contrôle» dans le contexte de l'article de définition. Le mot veut-il simplement dire «contrôler» au sens d'«exploiter» ou de «diriger», c'est-à-dire exercer un contrôle sur les installations, ou s'il a le sens plus sophistiqué de contrôle par la propriété des actions? C'est, à mon sens, la question qui nous est soumise et je crois que pour y répondre, la Cour doit tenir compte des principes bien établis du droit des compagnies. Avec égards, j'adopte les motifs du juge Spence dans *Sa Majesté du chef de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61, où il affirme à la p. 82:

Donner à l'art. 19 l'interprétation avancée par l'intimée aurait de lourdes conséquences sur la possession d'actions des compagnies et les opérations portant sur ces actions. PWA est une compagnie publique. Ses actions peuvent donc être librement échangées sur le

listed. The shares in a very large number of air carriers are similarly traded. It would be impossible to determine whether any particular sale and purchase of shares in an air carrier would affect the control of that air carrier let alone the commercial air service which it operates. It is often said that one may control a company with very much less than a majority of the issued stock and a shareholder who held X thousand shares of a particular air carrier could not possibly determine whether he would control the company were he to purchase an additional thousand shares or even an additional one share. It surely was not intended by this regulation that every transfer of shares in a public company which was an air carrier should be subject to the submission to the respondent of an application for approval before the share transaction should be consummated.

marché, qu'elles soient ou non cotées en bourse. Les actions d'un très grand nombre de transporteurs aériens font l'objet d'opérations semblables. Il serait impossible de déterminer si une transaction donnée, portant sur les actions d'un transporteur aérien, aurait quelque effet sur le contrôle de ce transporteur aérien, sans parler du service aérien commercial qu'il exploite. On dit souvent qu'on peut contrôler une compagnie avec un nombre d'actions bien inférieur à la majorité des actions émises et un actionnaire détenant X milliers d'actions d'un transporteur aérien particulier ne peut déterminer avec certitude si l'achat d'un autre millier d'actions, ou d'une seule action supplémentaire, lui donnera le contrôle de la compagnie. Le règlement ne peut avoir pour but d'exiger que tout transfert d'actions d'une compagnie publique qui exploite un service de transport aérien, fasse au préalable l'objet d'une demande d'approbation à l'intimée.

After quoting the above passage from the judgment of Spence J., Mr. Justice Clement, in giving the unanimous judgment of the Alberta Court of Appeal, said this:

Après avoir cité l'extrait ci-dessus des motifs du juge Spence, le juge Clement, qui a rédigé l'arrêt unanime de la Cour d'appel de l'Alberta, affirme:

With respect, I do not think it useful to draw a distinction as to the means by which shareholder control of a public utility is gained. We start with the premise that a person (whether a company or not) has in fact gained shareholder control or is on a proclaimed course that, upon completion, will have that end result.

Avec égards, je ne crois pas utile d'établir une distinction entre les moyens par lesquels on peut acquérir le contrôle d'une entreprise de service public. Nous partons de l'hypothèse qu'une personne (une société ou non) a de fait acquis le contrôle ou adopte un comportement manifeste qui y aboutira nécessairement.

In my view, this comment discloses that the Court of Appeal failed to distinguish between *de facto* control of the company and *de facto* control of the company's assets, the latter being the real concern on the appeal before it, and on this appeal. The appellant may well on the acceptance of its offer obtain *de facto* control of the public utility companies. Indeed, this was the finding of fact made by the Board. It said:

A mon avis, cette observation montre que la Cour d'appel a confondu le contrôle de fait de la société et le contrôle de fait des biens de la société, ce dernier étant le point crucial de l'appel dont elle était saisie et du pourvoi en cette Cour. L'appelante peut fort bien, après l'acceptation de son offre, acquérir le contrôle de fait des entreprises de services publics. En réalité, c'est la conclusion de fait à laquelle est arrivée la Commission qui a affirmé:

For the purpose of this Decision, the Board finds as a fact that Atco is "managing and controlling" CUL and its subsidiaries and therefore is an owner of a public/gas utility.

[TRADUCTION] Aux fins de la présente décision, la Commission conclut qu'Atco «dirige et contrôle» effectivement Canadian Utilities et ses filiales et qu'en conséquence elle est propriétaire d'un service public de distribution de gaz.

The Board may be prefectly correct in its finding that the share transaction if consummated will give Atco *de facto* control of Canadian Utilities and its subsidiaries but, with respect, its conclusion does not follow and its conclusion is the issue before us. Will Atco by acquiring *de facto* control

La Commission peut avoir parfaitement raison de conclure qu'une fois réalisée, l'opération portant sur les actions conférera à Atco un contrôle de fait sur Canadian Utilities et ses filiales, mais, avec égards, la conclusion qu'elle tire n'est pas logique et c'est cette conclusion qui est en cause en l'es-

of Canadian Utilities and its subsidiaries acquire *de facto* control of the assets of Canadian Utilities and its subsidiaries?

It seems to me that if the legislature had intended to cover control through share ownership, voting rights or powers to appoint and remove directors, it would not have done it in such an enigmatic fashion. I prefer to assume rather that the legislature was well aware of the basic principle of corporate law referred to earlier in these reasons, namely, that shareholders do not own or control the assets of the companies in which they hold shares. If this is a proper assumption and the legislature had intended to extend the reach of the Act to dealings in the shares of public utility companies, then I believe it would have done so in explicit terms. It would have been very easy for the legislature to prohibit dealings in the shares of company-owned public utilities without the prior approval of the Board. Indeed, it has expressly done so in the case of Alberta companies in s. 88 of the Act which in itself strongly suggests a "hands off" approach to companies incorporated elsewhere. Section 88 would, of course, be quite superfluous if all parent companies were caught through the combined effect of the definition section and s. 98.

In view of the conclusion I have reached that the appellants are not owners within the meaning of the definition section, it is unnecessary for me to consider whether the proposed transaction would result in a "union" within the meaning of s. 98.

I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal of Alberta and the decision of the Public Utilities Board and declare that the appellants are not owners of a public utility within the meaning of *The Public Utilities Board Act*.

I would award the appellants Atco and Canadian Utilities their costs throughout as against the respondent, Calgary Power Ltd.

pèce. En acquérant un contrôle de fait sur Canadian Utilities et ses filiales, Atco acquerra-t-elle un contrôle de fait sur les biens de Canadian Utilities et de ses filiales?

Il me semble que s'il avait voulu englober le contrôle par la propriété des actions, l'exercice des droits de vote ou le pouvoir de nommer et de destituer les administrateurs, le législateur ne l'aurait pas fait d'une façon aussi énigmatique. Je crois qu'il faut plutôt supposer que le législateur connaissait très bien les principes fondamentaux du droit des compagnies que j'ai déjà mentionnés, savoir que les actionnaires n'ont ni la propriété ni le contrôle des biens de la société dont ils détiennent les actions. Si ce raisonnement est juste et si le législateur avait voulu étendre la portée de la Loi aux opérations portant sur les actions des entreprises de services publics, je crois qu'il l'aurait fait en termes explicites. Il lui aurait été très facile d'interdire que l'on effectue des opérations visant les actions des entreprises de services publics dont le propriétaire est une société, sans obtenir l'autorisation préalable de la Commission. En réalité, il l'a fait expressément dans le cas des sociétés albertaines, à l'art. 88 de la Loi, ce qui en soi indique manifestement une attitude de non-intervention à l'égard des sociétés constituées hors de la province. L'article 88 serait, de toute évidence, tout à fait inutile si toutes les sociétés mères étaient visées par l'effet cumulatif de l'article de définition et de l'art. 98.

Etant donné ma conclusion que les appelantes ne sont pas propriétaires au sens de l'article de définition, il ne m'est pas nécessaire de déterminer si l'opération proposée résulterait en une «union» au sens de l'art. 98.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'ordonnance de la Cour d'appel de l'Alberta et la décision de la Public Utilities Board et de déclarer que les appelantes ne sont pas propriétaires d'une entreprise de service public au sens de *The Public Utilities Board Act*.

J'accorderais aux appelantes Atco et Canadian Utilities leurs dépens dans toutes les cours à l'encontre de l'intimée Calgary Power Ltd.

The judgment of Beetz, Estey, Chouinard and Lamer JJ. was delivered by

ESTEY J.—This is an appeal from the Alberta Court of Appeal which confirmed an order of the Public Utilities Board of Alberta wherein the Board found that the appellant Atco Ltd. (hereinafter referred to as "Atco") was, for the purposes of *The Public Utilities Board Act*, R.S.A. 1970, c. 302, as amended, an "owner of a public utility" and that accordingly s. 98 of the Act applied to a proposed takeover by Atco of the voting control of Calgary Power Ltd. (hereinafter referred to as "CP"). It was from this interim jurisdictional ruling by the Board that the appeals culminating in this Court were taken.

Atco is an Alberta corporation. It owns 58.1 per cent of the common shares of Canadian Utilities Limited, a federally incorporated company (hereinafter referred to as Canadian Utilities, which in turn owns virtually all of the outstanding shares of three public utilities distributing electricity and gas in Alberta, one of these being Alberta Power Limited. CP directly owns systems engaged in the same business, being a major utility in southern Alberta. It also owns 41 per cent of the common shares of Canadian Utilities.

Atco, by a formal takeover bid, offered to purchase 50.1 per cent of the outstanding stock of CP. If successful this would place Atco in the position of having voting control over a corporate pyramid comprising three Alberta public utilities and having voting control of CP. That the significance of such a shareholder position was vital to Atco in making its bid is illustrated by the following excerpt from the "Offer to Purchase":

The Purchaser is seeking to acquire 50.1% of the outstanding voting shares of Calgary Power. If the Offer is successful, ATCO will be the controlling shareholder of Calgary Power, and will be able to elect its nominees as directors of Calgary Power and to control the affairs of Calgary Power. Through its control of Canadian

Version française du jugement des juges Beetz, Estey, Chouinard et Lamer rendu par

LE JUGE ESTEY—Il s'agit d'un pourvoi à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta qui confirme une ordonnance de la Public Utilities Board de l'Alberta, (ci-après appelée la Commission) en vertu de laquelle la Commission a statué que l'appelante Atco Ltd. (ci-après appelée «Atco») était, aux fins de *The Public Utilities Board Act*, R.S.A. 1970, chap. 302 et modifications, «propriétaire d'une entreprise de service public» et qu'en conséquence l'art. 98 de la Loi s'appliquait au projet d'acquisition par Atco de la majorité des actions avec droit de vote de Calgary Power Ltd. (ci-après appelée «CP»). C'est à l'encontre de cette ordonnance provisoire de la Commission quant à sa propre compétence qu'ont été interjetés les appels qui ont abouti en cette Cour.

Atco est une société albertaine . Elle possède 58.1 pour 100 des actions ordinaires de Canadian Utilities Limited, une société constituée en vertu de la loi fédérale (ci-après appelé «Canadian Utilities»), qui détient elle-même à peu près toutes les actions en circulation de trois entreprises de distribution d'électricité et de gaz en Alberta, dont Alberta Power Limited. CP possède directement des entreprises dans le même secteur d'activités et se trouve être une importante entreprise de service public dans le sud de l'Alberta. Elle possède également 41 pour 100 des actions ordinaires de Canadian Utilities.

Dans une offre officielle de prise de contrôle, Atco a offert d'acheter 50.1 pour 100 des actions en circulation de CP. Si cette offre était acceptée, Atco deviendrait l'actionnaire majoritaire d'une pyramide de trois entreprises de services publics en Alberta ainsi que de CP. L'importance que représente ce portefeuille d'actions pour Atco ressort de l'extrait suivant de «l'offre d'achat»:

[TRADUCTION] L'acheteur cherche à acquérir 50.1 pour 100 des actions avec droit de vote en circulation de Calgary Power. Si l'offre est acceptée, ATCO deviendra l'actionnaire majoritaire de Calgary Power et sera en mesure de faire élire ses délégués comme administrateurs de Calgary Power et de diriger les affaires de cette

Utilities, ATCO is in a position to elect its nominees as directors of Alberta Power. [Emphasis added.]

The Public Utilities Board, in its decision below, made this observation:

From the information before the Board in these proceedings and from knowledge the Board has with respect to CUL (including the directorships and the influence of same with respect to policies implemented by the subsidiaries of each) it is obvious to the Board that ATCO and CUL 'manage or control' the public/gas utility operated by their respective subsidiaries.

CP in an attempt to prevent the takeover made an application to the Board for an interim or final order restraining Atco from proceeding. The Board therefore ordered (Decision No. E80115, August 18, 1980):

1. That ATCO, through 99139 Canada Inc. or otherwise, shall not take up or pay for any share of CP which may have been tendered or deposited in acceptance of the new "Offer to Purchase for Cash" dated August 6, 1980.

2. This Order is an Interim Order and shall remain in effect until otherwise finally ordered by the Board following its hearing of evidence, and its investigation, with respect to the matter.

Atco, the appellant, takes the position that it is not an owner of a public utility and accordingly does not come within s. 98 of *The Public Utilities Board Act*, *supra*, (which I will set out later) which is the only statutory provision which might directly authorize the Board's intervention in the takeover transaction.

There are certain key provisions in the Act which bear on the outcome of the issue. Section 2(*i*)(i) and (*j*)(iii) define the terms "owner of a public utility" and "public utility" respectively:

dernière. Grâce à sa participation majoritaire dans Canadian Utilities, ATCO est en mesure de faire élire ses délégués comme administrateurs d'Alberta Power. [C'est moi qui souligne.]

Dans sa décision citée plus loin, la Commission fait remarquer ce qui suit:

[TRADUCTION] D'après les renseignements fournis à la Commission au cours des présentes procédures et d'après la connaissance que possède la Commission des affaires de CANADIAN UTILITIES (notamment des directorats et de l'influence que ceux-ci ont sur les politiques appliquées par les filiales de chacun), il est clair pour la Commission qu'ATCO et CANADIAN UTILITIES «dirigent ou contrôlent» les services publics de distribution de gaz exploités par leurs filiales respectives.

Pour essayer d'empêcher la prise de contrôle, CP a demandé à la Commission une ordonnance provisoire ou définitive qui empêcherait Atco de poursuivre l'opération. La Commission a en conséquence rendu l'ordonnance suivante (décision n° E80115, le 18 août 1980):

[TRADUCTION] 1. ATCO, par l'intermédiaire de 99139 Canada Inc. ou autrement, ne doit ni accepter ni payer quelque action que ce soit de CP qui peut avoir été offerte ou déposée en acceptation de la nouvelle «offre d'achat comptant» du 6 août 1980.

2. La présente ordonnance est provisoire et demeurera en vigueur jusqu'à ce que la Commission dispose de l'affaire de façon définitive après avoir entendu des témoignages et fait enquête sur la question.

L'appelante Atco soutient qu'elle n'est pas propriétaire d'une entreprise de service public et qu'en conséquence elle n'est pas assujettie à l'art. 98 de *The Public Utilities Board Act*, précitée, (que je citerai plus loin) qui est la seule disposition législative qui puisse directement permettre l'intervention de la Commission dans l'opération de prise de contrôle.

Certaines dispositions clés de la Loi ont une portée sur l'issue du litige. Les alinéas 2*i*)(i) et 2*j*)(iii) définissent les termes [TRADUCTION] «propriétaire d'une entreprise de service public» et «entreprise de service public»:

(*i*) "owner of a public utility" means

(i) a person owning, operating, managing or controlling a public utility and whose business and operations are subject to the legislative authority of the Province, and the lessees, trustees, liquidators thereof or any receivers thereof appointed by any court, . . .

(*j*) "public utility" means

. . .

(iii) any system, works, plant, equipment or service for the production, transmission, delivery or furnishing of water, heat, light or power, either directly or indirectly, to or for the public, . . .

[TRADUCTION] *i*) «propriétaire d'une entreprise de service public» signifie

(i) une personne qui possède, exploite, dirige ou contrôle une entreprise de service public et dont les affaires et opérations sont assujetties à la compétence législative de la province, et les locataires, fiduciaires et liquidateurs de l'entreprise ou tout syndic nommé par une cour . . .

*j*) «entreprise de service public» signifie

. . .

(iii) tout ouvrage, installation, usine, équipement ou service servant à la production, à la distribution, à la livraison ou à la fourniture directe ou indirecte d'eau, de chauffage, d'éclairage ou d'électricité au public . . .

It is readily apparent that the definition of public utility relates to the hardware or the associated or resultant service, but does not refer to the corporate vehicle within which the public utility functions. The term includes the power generating and transmitting facilities by including the word "service" in the definition. "Public utility" comprises as well the maintenance, accounting, financial and other support elements. In short, "public utility" is a concept embracing physical plant and non-physical service elements.

Il est tout à fait manifeste que la définition d'entreprise de service public porte sur les installations matérielles ou les services qu'on en tire ou qui y sont reliés, sans faire état de l'entité morale qui chapeaute cette entreprise. L'expression comprend les installations de génération et de transmission d'électricité puisque le mot «service» est inclus dans la définition. L'«entreprise de service public» comprend également l'entretien, la comptabilité et les éléments de soutien financier et autre. En bref, la notion d'«entreprise de service public» englobe les installations matérielles et des éléments de services abstraits.

The difficulty arises in the definition of the owner of such a system. To qualify, a person must either (a) own, (b) operate, (c) manage, or (d) control a public utility; it is also a definitional requisite that such person's business and operations are within the legislative authority of the province. Strangely appended to the tail of the definition are "lessees, trustees, and liquidators" of the system together with "receivers" of the system provided they are appointed by a court. Apart from the word "controlling", the rest of the definition clearly requires that there be a direct link between the owner and the public utilities system in the sense that the owner must operate, manage or own the system. The uncertainty arises with the inclusion disjunctively of a person "controlling a public utility". The outcome of this appeal revolves around the word "controlling". If it means day-to-day factual control of persons and equipment com-

La difficulté provient de la définition du propriétaire d'une telle entreprise. Pour répondre à la définition, une personne doit a) posséder, b) exploiter, c) diriger ou d) contrôler une entreprise de service public; la définition exige également que les affaires et les opérations de cette personne soient assujetties à la compétence législative de la province. On a assez curieusement ajouté à la fin de la définition les «locataires, fiduciaires et liquidateurs» de l'entreprise de même que tout «syndic» de cette dernière pourvu qu'ils soient nommés par une cour. Sauf pour le mot «contrôle», les autres termes de la définition exigent clairement l'existence d'un lien direct entre le propriétaire et l'entreprise de service public en ce sens que le propriétaire doit exploiter, diriger ou posséder l'entreprise. L'incertitude découle de la mention, après la conjonction disjonctive, d'une personne qui «contrôle une entreprise de service public».

prising the public utility system, then Atco succeeds. If the word includes a person, however remote, who controls, in the broad sense of that term, a public utility system, then Atco loses the issue.

The general canon of interpretation of course requires a court to ascribe some meaning to each word used by the legislature: *Saine v. Beauchesne and Gobeil*, [1963] S.C.R. 435, at p. 437. The words "owning" and "controlling" are sometimes employed synonymously, but here a person who either owns or controls a system is the owner of the system. Consequently, "control" must mean something more than or different from "own". A person might control and not own a system and might also own, but not on a daily basis control, a system. But in either situation the person may be within the definition of an owner of a public utility.

Read by itself the definition above would incline one to include within the meaning of the term "owner" a person, natural or corporate, who does not own the system or any of its assets but who has control of the system, and perhaps even where such control is direct or indirect. The next uncertainty is whether or not this control is control in the legal sense or the factual sense. In the legal sense "controlling" might include both direct and indirect control. As already noted the definition of "owner" includes persons who are lessees, trustees, liquidators or receivers of the system. Thus a person would be a statutory "owner" who does not have legal title to the assets of the system but is the lessee in possession of the system.

In examining the statute and the legal considerations arising in construing its provisions, it is well to bear in mind the Board's finding of fact on the point of ownership:

L'issue du présent pourvoi dépend du mot «contrôle». Si le mot signifie le contrôle effectif au jour le jour des personnes et des installations qui composent l'entreprise de service public, alors Atco aura gain de cause. Si le mot vise une personne qui, si éloignée soit-elle, contrôle au sens général de ce terme l'entreprise de service public, alors Atco sera déboutée.

Les règles générales d'interprétation exigent, cela va de soi, que la cour donne un sens à chacun des mots employés par la législature: *Saine c. Beauchesne and Gobeil*, [1963] R.C.S. 435, à la p. 437. Les mots «possède» et «contrôle» sont parfois employés comme synonymes, mais ici la personne qui possède ou contrôle une entreprise en est le propriétaire. En conséquence, le mot «contrôler» doit signifier quelque chose de plus que «posséder» ou quelque chose de différent. Une personne pourrait contrôler une entreprise sans en être propriétaire et pourrait aussi en être le propriétaire, sans toutefois la contrôler au jour le jour. Cependant dans l'un et l'autre cas, la personne peut répondre à la définition de propriétaire d'une entreprise de service public.

En soi, la définition susmentionnée donne à penser qu'il faut inclure dans le sens du mot «propriétaire» une personne physique ou morale qui ne possède ni l'entreprise ni aucun de ses biens, mais qui en a le contrôle peu importe que ce soit directement ou indirectement. La question suivante est de savoir si ce contrôle est un contrôle au sens juridique ou un contrôle de fait. Au sens juridique, le mot «contrôle» pourrait comprendre à la fois le contrôle direct et le contrôle indirect. Comme je l'ai déjà souligné, la définition de «propriétaire» comprend les personnes qui sont locataires, fiduciaires, liquidateurs ou syndics de l'entreprise. Ainsi serait «propriétaire» au sens de la Loi, la personne qui, sans avoir de droit de propriété sur les biens de l'entreprise, est un locataire en possession de cette entreprise.

Dans l'étude de la Loi et des considérations juridiques que soulève son interprétation, il ne faut pas oublier la conclusion de fait à laquelle la Commission est arrivée quant à la question de la propriété:

For the purposes of this Decision, the Board finds as a fact that ATCO is "managing or controlling" CUL and its subsidiaries and therefore is an owner of a public/gas utility.

Section 28 illustrates at once the importance of the breadth assigned in s. 2 to the definition of "owner". By s. 28 the Board has "all the necessary jurisdiction and power ... to deal with public utilities and the owners thereof as provided in this Act". The powers invoked by CP on the application from which this appeal arises are found in s. 51 of the Act. CP asserts that Atco has "unlawfully done ... or is about unlawfully to do ... something relating to any matter over which the Board has jurisdiction ... and prays that ... the Board shall ... make such order as it thinks proper under the circumstances".

The powers accorded to the Board by the Act which came into play when responding to such an application include those found in s. 79. Subsection (1) authorizes the Board to "investigate any matter concerning a public utility". It might be argued that this subsection authorizes the Board to investigate ownership of the public utility; but even so, that will not form the basis for an order with respect to that ownership. Subsection (2) indicates a distinction in the mind of the legislator between the system and the owner of the system for the subsection states:

(2) When in the opinion of the Board it is necessary to investigate a public utility or the affairs of the owner thereof, the Board shall have access to and may use any books, documents or records with respect to the public utility and in the possession of any owner of the public utility or municipality or under the control of a board, commission or department of the Province.

Unhappily the latter portion of the subsection begs the question which arose in the first instance concerning the definition of owner of a public utility in s. 2 above. Subsection (3) may shed some light on the status of Atco under the Act by reason of

[TRADUCTION] Aux fins de la présente décision, la Commission conclut qu'en fait ATCO «dirige et contrôle» CANADIAN UTILITIES et ses filiales et qu'en conséquence elle est propriétaire d'un service public de distribution de gaz.

L'article 28 illustre bien l'importance de la portée donnée, dans l'art. 2, à la définition du mot «propriétaire». En vertu de l'art. 28, la Commission a [TRADUCTION] «tout le pouvoir et toute la compétence nécessaires ... pour traiter avec les entreprises de services publics et leurs propriétaires de la façon prévue par la présente loi». Les pouvoirs sur lesquels CP fonde la demande qui a donné lieu au présent pourvoi sont énoncés à l'art. 51 de la Loi. CP affirme qu'Atco a [TRADUCTION] «agi illégalement ... ou se propose d'agir illégalement ... relativement à une question qui relève de la compétence de la Commission ... et demande que ... la Commission ... rende l'ordonnance qu'elle estime appropriée dans les circonstances».

Les pouvoirs que la Loi accorde à la Commission et qui sont entrés en jeu dans la réponse à une telle demande comprennent ceux que l'on trouve à l'art. 79. Le paragraphe (1) permet à la Commission de [TRADUCTION] «faire enquête sur toute question relative à une entreprise de service public». On pourrait soutenir que ce paragraphe permet à la Commission de faire enquête sur la propriété de l'entreprise de service public; mais tout de même, cela ne justifie pas une ordonnance quant à cette propriété. Il ressort du par. (2) que le législateur fait la distinction entre l'entreprise et son propriétaire, puisque l'article dit:

[TRADUCTION] (2) Si, de l'avis de la Commission, il est nécessaire de faire enquête sur une entreprise de service public ou sur les affaires de son propriétaire, la Commission a le droit d'examiner et d'utiliser tous livres, documents ou dossiers relatifs à cette entreprise de service public, qui se trouvent en la possession de tout propriétaire de cette entreprise ou de toute municipalité, ou sous la garde d'un office, d'une commission ou d'un ministère de la province.

Malheureusement la dernière partie du paragraphe tient pour résolue la question qui se posait d'abord à propos de la définition de propriétaire d'une entreprise de service public qui se trouve à l'art. 2 déjà cité. Le paragraphe (3) peut nous

its ownership of the controlling shares of Canadian Utilities, where it provides:

(3) Where any person directly or indirectly controls the business of an owner of a public utility within Alberta, that person and any company controlled by that person shall give the Board or its agent access to any of the books, documents and records that relate to the business of the owner or shall furnish such information in respect thereof as may be required by the Board.

Setting aside for the moment the problem created by the presence of the word "business", the subsection would appear to authorize the Board to examine the records of anyone who "directly or indirectly controls" a public utility. I have for the moment omitted some intervening words in order to illustrate that there appears to have crept in, at least in this subsection of s. 79, the concept of an owner, natural or corporate, of a corporation or other agency which itself owns or controls a public utility as defined. The reference to control of "the business of an owner of a public utility" was explained by the respondent as an attempt by the legislature to limit the reach of this subsection to companies operating a utility within Alberta without any reference to any business outside the province which that owner might conduct. Having in mind the history of the ownership of some public utilities in Alberta in earlier times, this may well be the correct explanation. The term is ambiguous, however, in that it might well include the opposite meaning, that is to say that the business of the owner, wherever it may be carried on, can be examined because of its possible influence upon the public utility operated by the owner within the Province of Alberta. The reference to the "business of the owner" in the latter portion of the subsection would encourage this interpretation for there is no territorial limitation at that point in the subsection on the business of the owner which might be examined. Whatever the subsection means it does indicate some legislative realization of the possibility of a person not directly owning the assets of a system but having indirect control of the system by any means, including perhaps the ownership of shares of the corporate owner of the

éclairer jusqu'à un certain point sur le statut que possède Atco en vertu de la Loi du fait qu'elle détient la majorité des actions de Canadian Utilities; en voici le texte:

[TRADUCTION] (3) Toute personne qui contrôle directement ou indirectement les affaires du propriétaire d'une entreprise de service public en Alberta, ou toute société contrôlée par cette personne, devra permettre à la Commission ou à ses représentants d'avoir accès à tous livres, documents et dossiers relatifs aux affaires du propriétaire et donnera à leur égard tous les renseignements que la Commission pourra exiger.

Si l'on fait exception, pour le moment, du problème créé par la présence du mot «affaires», le paragraphe semblerait autoriser la Commission à examiner les dossiers de quiconque «contrôle directement ou indirectement» une entreprise de service public. Pour l'instant, j'ai omis certains mots intercalés pour mieux illustrer qu'on semble avoir glissé, au moins dans ce paragraphe de l'art. 79, le concept d'un propriétaire, personne physique ou morale, d'une société ou d'une autre agence qui possède ou contrôle elle-même une entreprise de service public au sens de la Loi. L'intimée a expliqué la mention du contrôle des «affaires du propriétaire d'une entreprise de service public» comme étant une tentative de la part du législateur de limiter la portée de ce paragraphe aux sociétés qui exploitent un service public en Alberta indépendamment des affaires que le propriétaire peut faire à l'extérieur de la province. Si on se rappelle l'historique de la propriété de certaines entreprises de services publics en Alberta dans le passé, ce pourrait bien être une explication valable. Toutefois, le terme est ambigu et pourrait bien avoir le sens contraire, c'est-à-dire que, quel que soit l'endroit où le propriétaire fait affaires, ces affaires peuvent faire l'objet d'un examen en raison de leur influence possible sur l'entreprise de service public exploitée par ce propriétaire dans la province de l'Alberta. La mention «les affaires du propriétaire» dans cette dernière partie du paragraphe favorise cette interprétation puisqu'il n'y a alors aucune limitation territoriale, dans ce passage de l'article, quant aux affaires du propriétaire qui pourraient faire l'objet d'un examen. Quel que soit le sens de ce paragraphe, il indique que le législateur s'est rendu compte de la possibilité qu'une personne qui

system. This result is consonant with the literal reading of the four principal words (owning, operating, managing, or controlling) employed in s. 2(*i*)(i), *supra*, and the assignment to each of a separate and different meaning.

This brings us to s. 98 which is the platform from which the order under appeal was issued by the Board:

> **98.** Where, by any general or special Act, an owner of a public utility is authorized to unite with the owner of any other public utility, the union is subject to the consent of the Board, and has no effect until the order authorizing the same is published in the *Gazette*.

Many problems immediately spring from a reading of this section. It is said by the respondent and it was concluded by Clement J.A. in the Court of Appeal that the reference in the opening line of the section to general or special Acts refers to statutes of incorporation of the owner of the public utility in question. All counsel agree that the section has no application until there are two owners of a public utility involved in a transaction wherein provision is made for "the union" of the public utilities of the two owners or some of their respective public utilities. The preface to this section is strange. It could hardly be suggested that owners of public utilities who were not by statute "authorized to unite" would in the absence of the section be capable of uniting without Board authority. The words must simply be read as enunciating by way of premise, the prerequisite legal capacity or authority of the parties to enter into the transaction in question, and however this authority may have come about, the section requires the prior consent of the Board.

The clear intent of the section is to authorize the Board to defer such union of these systems until there is time to consider and to authorize such action. The use of the verb "to unite" and the noun "union" can at least be described as an attempt by the legislative draftsman to employ the widest terminology so as to embrace the sense of the

ne possède pas directement les biens d'une entreprise puisse la contrôler indirectement d'une autre façon, notamment peut-être en détenant des actions de la société propriétaire de l'entreprise. Ce résultat est compatible avec le sens littéral des quatre mots principaux (possède, exploite, dirige ou contrôle) employés à l'al. 2*i*)(i), précité, et avec l'attribution à chacun d'un sens distinct.

Cela nous amène à l'art. 98 sur lequel la Commission s'est fondée pour délivrer l'ordonnance contestée en appel:

> [TRADUCTION] **98.** Lorsque, par une loi générale ou spéciale, le propriétaire d'une entreprise de service public est autorisé à s'unir avec le propriétaire de toute autre entreprise de service public, l'union est assujettie au consentement de la Commission et elle ne prend effet qu'au moment où l'ordonnance qui l'autorise est publiée dans la *Gazette* officielle.

La lecture de cet article soulève immédiatement plusieurs problèmes. L'intimée a prétendu et le juge Clement de la Cour d'appel a conclu que la mention, dans la première ligne de l'article, d'une loi générale ou spéciale renvoie à la loi qui constitue en société le propriétaire de l'entreprise de service public en question. Tous les avocats conviennent que l'article ne s'applique pas à moins qu'il n'y ait deux propriétaires d'entreprises de services publics engagés dans une opération visant «l'union» de leurs entreprises respectives ou d'une partie de ces entreprises. Le début de cet article est étrange. On peut difficilement prétendre que les propriétaires d'entreprises de services publics qui ne seraient pas «autorisé[s] à s'unir» par la loi pourraient, en l'absence de cet article, s'unir sans la permission de la Commission. Ces mots doivent s'interpréter simplement comme posant la condition préalable que les parties aient la capacité juridique d'effectuer l'opération en question et, quelle que soit la source de cette capacité, l'article exige le consentement préalable de la Commission.

Le but manifeste de l'article est d'autoriser la Commission à reporter l'union de ces entreprises jusqu'à ce qu'elle ait eu le temps d'examiner et d'autoriser cette opération. L'emploi du verbe «*to unite*» et du substantif «*union*» peut au moins s'interpréter comme une tentative de la part des rédacteurs de la Loi d'employer la terminologie la

ordinary terms of amalgamation, merger or consolidation, usually found in laws relating to corporate enterprise. Perhaps the novel employment of the word "union" is to be taken as the clearest indication from the legislature that corporate or non-corporate action of all kinds and descriptions in the nature of merger or unification of more than one enterprise is to come within the purview of the Board. It also may have been chosen by the legislature because it would embrace proprietorships, partnerships limited and unlimited, corporations established by special Act, or corporations brought into being under general corporate legislation.

In any case, if the respondent cannot find authority in the Board under s. 98 for the order quoted above then it conclusively determines the issue against it for no other legislative foundation for this order has been drawn to the attention of this Court. Various dictionary definitions have been advanced. The appellant favours the definition of "union" found in *Webster*:

> the act of joining two or more things into one, and thus forming a compound body; the state of being united . . . .

The respondent, on the other hand, refers the Court to the *Oxford Universal Dictionary*, 3rd ed., p. 2303:

> The action of uniting one thing to another or others, or two or more things together so as to form one whole or complete body; of persons or countries with reference to joint action or policy . . . . [Emphasis added.]

There may be many explanations as to why s. 98 has been drafted in such unusual terms. Section 88 may be an insight into one possible explanation. In that section the Act requires prior authority from the Board for the sale or transfer of the shares of an Alberta corporation which is the owner of a public utility to any other corporation "if the result of the sale or transfer . . . would be to vest in the other corporation more than one-half of the outstanding capital stock of the Alberta company". No such provision identifiable as being directly in parallel therewith appears in the Act with

plus générale possible pour englober le sens des termes fusionnement, fusion ou unification qu'on trouve habituellement dans les lois relatives aux sociétés commerciales. Il faut peut-être considérer l'emploi nouveau du terme «*union*» comme l'indication la plus claire que le législateur veut que les opérations de sociétés ou de personnes de toutes sortes ayant pour objet la fusion ou l'unification de deux entreprises ou plus soient assujetties à l'examen de la Commission. Le législateur l'a peut-être aussi choisi parce qu'il permettrait d'englober les sociétés à propriétaire unique, les sociétés à responsabilité limitée ou illimitée, les sociétés établies par loi spéciale ou les sociétés commerciales créées en vertu de la loi générale.

De toute façon, si l'intimée ne peut fonder sur l'art. 98 la compétence de la Commission de rendre l'ordonnance précitée, la question se trouve résolue à son désavantage puisqu'on n'a signalé à la Cour aucun autre fondement législatif pour cette ordonnance. On a invoqué les définitions de divers dictionnaires. L'appelante favorise la définition du mot «*union*» que donne le *Webster*:

> [TRADUCTION] le fait de réunir deux ou plusieurs choses en une seule et de former ainsi un corps composé; état de ce qui est uni . . .

L'intimée, d'autre part, renvoit la Cour au *Oxford Universal Dictionary*, 3e éd., à la p. 2303:

> [TRADUCTION] Le fait d'unir une chose à une autre ou à d'autres, ou de rassembler deux ou plusieurs choses de manière à former un tout ou un ensemble complet; en parlant de personnes ou d'états, en vue de poursuivre une fin ou politique communes . . . [C'est moi qui souligne.]

On peut trouver plusieurs explications à l'utilisation de termes aussi inusités dans le texte de l'art. 98. L'article 88 peut donner un aperçu d'une explication possible. A cet article, la Loi exige l'autorisation préalable de la Commission pour la vente ou le transfert à une autre société des actions d'une société albertaine qui est propriétaire d'une entreprise de service public [TRADUCTION] «si la vente ou le transfert . . . a pour résultat de conférer à l'autre société plus de la moitié des actions en circulation de la société albertaine». La Loi ne renferme aucune autre disposition directement

reference to corporations incorporated outside the Province of Alberta. Section 98 may be that provision.

Our attention was directed to numerous other sections in the Act, including ss. 80 and 87 directing or prohibiting the owner of a public utility from doing or not doing a long list of things. Nowhere in the Act does there appear any universally applicable prohibition against dealing in the shares of the corporate owner of a public utility without prior approval of the Board. No provision is found in the Act which expressly deals with corporate mergers or amalgamations, although in s. 87(1)(*g*)(ii) there is regulation of physical merger or consolidation of assets with those of any other owner of a public utility.

Section 98 is of course predicated on action proposed to be taken by "an owner of a public utility". This brings us back to the question already indicated in the analysis of the definition in s. 2(*i*) as to the scope of the Act and its purpose, and as to the functions accorded therein to the Board as a regulatory agency of public utilities in the Province. The Board, by Divisions 2 and 3 of the Act, is given broad powers of enquiry and of direction requiring or prohibiting that things be done or not done according to the various provisions in the statute. Section 29, for example, provides:

> **29.** In matters within its jurisdiction the Board may order and require any person, or local authority, to do forthwith or within or at any specified time and in any manner prescribed by the Board, so far as it is not inconsistent with this Act or any other Act conferring jurisdiction, any act, matter or thing that such person, or local authority, is or may be required to do under this Act or under any other general or special Act, and may forbid the doing or continuing of any act, matter or thing that is in contravention of any such Act or of any regulation, rule, order or direction of the Board.

Under *The Gas Utilities Act*, R.S.A. 1970, c. 158, the Board is directed in Part 2, entitled "Regulation of Gas Utilities", to investigate and to prescribe rights, tolls or charges to be collected by the

comparable quant aux sociétés constituées hors de la province d'Alberta. Il se peut que l'art. 98 soit cette disposition.

On nous a signalé de nombreux autres articles de la Loi, notamment les art. 80 et 87 qui enjoignent ou interdisent au propriétaire d'une entreprise de service public de faire diverses choses. Il n'y a nulle part dans la Loi d'interdiction générale d'effectuer des opérations sur les actions d'une société propriétaire d'une entreprise de service public sans l'autorisation préalable de la Commission. On ne trouve dans la Loi aucune disposition qui vise expressément les fusionnements de sociétés, même si l'al. 87(1)*g*)(ii) réglemente la fusion ou l'unification de biens avec ceux de tout autre propriétaire d'une entreprise de service public.

Il va de soi que l'art. 98 vise ce que se propose d'effectuer le «propriétaire d'une entreprise de service public». Cela nous ramène à la question déjà mentionnée dans l'analyse de la définition de l'al. 2*i*) quant à la portée et à l'objet de la Loi et quant au rôle que la Loi attribue à la Commission en tant qu'organisme de réglementation des entreprises de services publics dans la province. Dans les parties 2 et 3 de la Loi, la Commission se voit attribuer des pouvoirs généraux en matière d'enquête et de directives en vertu desquels elle peut ordonner ou interdire de faire quelque chose selon les diverses dispositions contenues dans la Loi. Par exemple, l'art. 29 prévoit ceci:

> [TRADUCTION] **29.** Quant aux questions qui relèvent de sa compétence, la Commission peut ordonner ou exiger que toute personne ou autorité locale accomplisse ou fasse immédiatement, au moment ou dans les délais prescrits, de la manière qu'elle dicte, pour autant que cela ne soit pas incompatible avec la présente loi ou toute autre loi habilitante, tout acte ou toute chose que ladite personne ou autorité locale est ou peut être tenue d'accomplir ou de faire en vertu de la présente loi ou de toute autre loi générale ou spéciale, et la Commission peut interdire d'accomplir ou de faire, ou exiger qu'on cesse d'accomplir ou de faire tout acte ou toute chose qui va à l'encontre de ces lois ou de tout règlement, règle, ordonnance ou directive de la Commission.

La partie 2 de *The Gas Utilities Act*, R.S.A. 1970, chap. 158, intitulée [TRADUCTION] «Réglementation des entreprises publiques de gaz» charge la Commission de faire enquête et de prescrire les

utility for the sale of gas (ss. 26-27). Like powers are accorded to the Board under ss. 80 and 81 of *The Public Utilities Board Act*, *supra*, with reference to charges for electricity service delivered by public utilities to their customers in the Province. The Board has other duties with reference to oil pipelines, transportation and telecommunications.

droits, tarifs et taux que les entreprises doivent percevoir pour la vente de gaz (art. 26 et 27). La Commission a des pouvoirs semblables, en vertu des art. 80 et 81 de *The Public Utilities Board Act*, précitée, pour ce qui est des tarifs applicables à l'électricité livrée par des entreprises de services publics à leurs clients dans la province. La Commission exerce d'autres fonctions à l'égard des oléoducs, du transport et des télécommunications.

In the discharge of its varied functions it is difficult to appreciate how the Board can maintain a sound and comprehensive regulatory position so as to discharge its duty to the public at large in the regulation of public utilities and their owners, unless a broad interpretation is accorded to the words adopted by the legislature in s. 98. In my view, the words "owner of a public utility" must, by reason of s. 2, *supra*, include a person without legal ownership in the system but having the power to control. This may give rise to innumerable difficulties and may indeed require further legislative attention to the problem, where, for example, corporate control is exercised from a minority position by reason of widely disseminated shareholdings. When this interpretation under s. 2 is brought to the examination of s. 98, it follows that a person in the position of Acto as a defined owner of a public utility must obtain the prior consent of the Board to combine that facility with that of another owner of a public utility, and this is so whether the union is brought about by the mechanics of merger, amalgamation or other corporate action, or whether it be the result of a physical merger of assets or by means of a contractual pooling including or falling short of the relationship ordinarily described as a partnership. Any of these structural alterations, to employ a neutral term, would require, by reason of s. 98 the prior consent of the Board. In some cases other sections may be called into play as well but in my view it is s. 98 which is invoked by the transaction here in question.

Il est difficile de comprendre comment la Commission, dans l'exercice de ses différentes fonctions, pourrait jouer un rôle logique et étendu d'organisme de réglementation de manière à assumer ses responsabilités envers le public en général par la réglementation des entreprises de services publics et de leurs propriétaires, à moins que l'on ne donne une interprétation libérale aux mots adoptés par le législateur à l'art. 98. A mon avis, l'expression «propriétaire d'une entreprise de service public» doit, en raison de l'art. 2 précité, comprendre une personne qui, sans avoir de droit de propriété dans l'entreprise, a néanmoins le pouvoir de la contrôler. Ceci peut soulever d'innombrables difficultés et même exiger une intervention législative supplémentaire à l'égard de la question, notamment lorsqu'une minorité d'actionnaires contrôle une société à cause de la dissémination très grande des actions. Si l'on applique cette interprétation de l'art. 2 à l'étude de l'art. 98, il s'ensuit qu'une personne dans la position d'Atco doit, à titre de propriétaire d'une entreprise de service public, obtenir le consentement préalable de la Commission pour pouvoir réunir ce service avec celui d'un autre propriétaire d'entreprise de service public, que cette union soit réalisée sous forme de fusion, d'unification ou de tout autre acte qui relève des sociétés, ou qu'elle résulte de la fusion de biens ou d'un groupement contractuel qui constitue ce qu'on appelle ordinairement «association» ou qui s'en rapproche. Chacun de ces changements d'organisation, pour employer une expression neutre, exige, en raison de l'art. 98, le consentement préalable de la Commission. Dans certains cas, d'autres articles pourraient s'appliquer aussi, mais, à mon avis, c'est l'art. 98 qui s'applique à l'opération dont il est question en l'espèce.

It is evident from the powers accorded to the Board by the legislature in both statutes mentioned above that the legislature has given the Board a mandate of the widest proportions to safeguard the public interest in the nature and quality of the service provided to the community by the public utilities. Such an extensive regulatory pattern must, for its effectiveness, include the right to control the combination or, as the legislature says, "the union" of existing systems and facilities. This no doubt has a direct relationship with the rate-fixing function which ranks high in the authority and functions assigned to the Board.

Little assistance can be derived from an examination of earlier decisions dealing with the interpretation of words similar to those employed by the legislature in defining the owner of a public utility, such as "owning" or "controlling". In the judgments of this Court in *Army and Navy Department Store Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1953] 2 S.C.R. 496, Cartwright J., as he then was, found that the shareholder of a holding company was not the indirect owner of the shares of the subsidiary of that holding company for the purposes of the *Income Tax Act* as it then stood. The dissent, following the earlier English cases, took the view that when interpreting a tax statute, one ought to look at the substance and not merely at "matters of machinery and form", referring to the *dictum* of Wills J. in *The St. Louis Breweries Ltd. v. Apthorpe* (1899), 79 L.T. 551, at p. 555. A result contrary in principle to the majority in *Army and Navy* was reached by the majority judgment of this Court in *Covert v. Minister of Finance of the Province of Nova Scotia*, [1980] 2 S.C.R. 774, where Martland J. stated at p. 797:

> This conclusion does not involve any conflict with the principle stated in cases such as *Macaura v. Northern Assurance Company, Limited and others*, [1925] A.C. 619, that a corporate shareholder does not have a right to the corporate assets of a corporation. The point in issue in this appeal is that by virtue of its total control over the subsidiary company, the parent company is in a

Il ressort des pouvoirs que le législateur a accordé à la Commission dans les deux lois mentionnées ci-dessus, qu'il a investi la Commission du mandat très général de veiller aux intérêts du public quant à la nature et à la qualité des services rendus à la collectivité par les entreprises de services publics. Un régime de réglementation aussi vaste doit, pour être efficace, comprendre le droit de contrôler les réunions ou, pour reprendre l'expression du législateur, «l'union» des entreprises et installations existantes. Cela a sans aucun doute un rapport direct avec la fonction de fixation des tarifs qui constitue un des pouvoirs les plus importants attribués à la Commission.

L'étude de la jurisprudence antérieure portant sur l'interprétation de mots semblables à ceux que le législateur a employés pour définir le propriétaire d'une entreprise de service public, comme «possède» ou «contrôle», ne nous est pas très utile. Dans l'arrêt de cette Cour, *Army and Navy Department Store Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1953] 2 R.C.S. 496, le juge Cartwright, alors juge puîné, a conclu que l'actionnaire d'une société de portefeuille n'était pas indirectement le propriétaire des actions de la filiale de cette société aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en vigueur à l'époque. Adoptant la jurisprudence anglaise antérieure, la minorité a estimé que dans l'interprétation d'une loi fiscale, il faut s'attacher à la substance et non uniquement [TRADUCTION] «aux questions de mécanisme et de forme», en se référant à l'opinion incidente du juge Wills dans l'arrêt *The St. Louis Breweries Ltd. v. Apthorpe* (1899), 79 L.T. 551, à la p. 555. Dans l'arrêt *Covert c. Ministre des Finances de la province de la Nouvelle-Écosse*, [1980] 2 R.C.S. 774, cette Cour à la majorité est arrivée à une conclusion contraire en principe à l'opinion de la majorité dans l'arrêt *Army and Navy*. Le juge Martland y affirme ceci, à la p. 797:

> Cette conclusion ne vient pas en conflit avec le principe énoncé dans des arrêts comme *Macaura v. Northern Assurance Company, Limited and others*, [1925] A.C. 619, selon lequel l'actionnaire d'une compagnie n'a aucun droit aux biens de celle-ci. La question en litige dans ce pourvoi est celle de savoir si par son contrôle total de la filiale, la compagnie mère est à même de la

legal position to compel it to deal with its assets in the manner dictated by the parent company.

The majority concluded that, for the purpose of interpreting and applying a taxing statute, the parent company was "beneficially entitled" to the assets held by its wholly-owned subsidiary.

It is of interest to note that the courts have gradually moved from the rather strict view of direct and indirect ownership or control to a more comprehensive view based upon the entire statutory pattern and the factual elements of control in reality. In *Buckerfield's Limited v. Minister of National Revenue*, [1965] 1 Ex. C.R. 299, at p. 303, Jackett P. stated:

> I am of the view, however, that, in section 39 of the *Income Tax Act*, the word "controlled" contemplates the right of control that rests in ownership of such a number of shares as carries with it the right to a majority of the votes in the election of the Board of Directors.

That decision reflected the comments of the House of Lords in *British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners*, [1943] A.C. 335, where Viscount Simon stated, at p. 339:

> I find it impossible to adopt the view that a person who (by having the requisite voting power in a company subject to his will and ordering) can make the ultimate decision as to where and how the business of the company shall be carried on, and who thus has in fact control of the company's affairs, is a person of whom it can be said that he has not in this connexion a controlling interest in the company.

The process so far as the then s. 39 of the *Income Tax Act* was concerned was completed by Cattanach J. in *Vineland Quarries and Crushed Stone Limited v. Minister of National Revenue*, [1966] Ex. C.R. 417, at p. 429:

> In my view the word "controlled" in section 39(4)(*b*) contemplates and includes such a relationship as, in fact, brings about a control by virtue of majority voting power, no matter how that result is effected, that is, either directly or indirectly.

The appellant and the respondent in the appeal now before us made reference to the decision of this Court in *Her Majesty in right of Alberta v.*

forcer juridiquement à disposer de ses biens comme elle le lui dicte.

La majorité a conclu qu'aux fins de l'interprétation et de l'application d'une loi fiscale, la compagnie mère a droit, à titre de bénéficiaire, aux biens de sa filiale en propriété exclusive.

Il y a lieu de souligner que les cours se sont progressivement éloignées du point de vue plutôt strict de la propriété ou du contrôle directs et indirects pour adopter une conception plus globale fondée sur l'ensemble de l'esprit de la loi et des éléments réels de contrôle. Dans *Buckerfield's Limited c. Minister of National Revenue*, [1965] 1 R.C. de l'É. 299, à la p. 303, le président Jackett dit ceci:

> [TRADUCTION] Je crois cependant qu'à l'art. 39 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le mot «contrôlée» vise le droit de contrôle qui découle de la propriété d'un nombre d'actions suffisant pour donner la majorité des voix à l'élection du conseil d'administration.

Cette décision reflète les observations de la Chambre des lords dans *British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners*, [1943] A.C. 335, où le vicomte Simon affirme, à la p. 339:

> [TRADUCTION] J'estime qu'il est impossible de conclure qu'une personne qui peut (parce qu'elle a le nombre requis d'actions avec droit de vote dans une société soumise à sa volonté) avoir le dernier mot sur la façon de mener les affaires de la société et qui ainsi exerce un contrôle réel sur les affaires de cette société, est une personne dont on puisse dire qu'elle ne possède pas, à cet égard, un droit de contrôle de la soicété.

Cette évolution, dans la mesure où est concerné l'art. 39 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en vigueur à l'époque, a été parachevée par le juge Cattanach dans l'arrêt *Vineland Quarries and Crushed Stone Limited c. Minister of National Revenue*, [1966] R.C. de l'É. 417, à la p. 429:

> [TRADUCTION] A mon avis, le terme «contrôlées» à l'alinéa 39(4)*b*) prévoit et comprend un rapport de nature à conférer le contrôle en vertu du droit de vote majoritaire, quelle que soit la manière dont ce résultat est obtenu, directement ou indirectement.

L'appelante et l'intimée en l'espèce ont invoqué l'arrêt de cette Cour *Sa Majesté du chef de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*

*Canadian Transport Commission* [*Re Pacific Western Airlines*], [1978] 1 S.C.R. 61. In that appeal the Court was concerned with the interpretation of a regulation which provided that prior Commission approval was required where a transaction would result in "a change of control, consolidation, merger, lease or transfer of any commercial air service". Chief Justice Laskin, writing for six other members of the Court, concluded that it was unnecessary to interpret the effect of the regulation, *supra*, on the acquisition of the shares of PWA by the Province of Alberta because the regulation stated "no person" and that this expression in the context of the statutes and regulations under examination did not include the Crown in the right of the Province. Any comments which might be attributable in that judgment to an interpretation of the regulation, *supra*, are therefore *obiter*. He did, however, observe in passing on to the determinative part of his judgment, at p. 67:

> The words of s. 19 sit uneasily if literally applied to mean "control of the use of aircraft" or "consolidation of the use of aircraft" or "merger of the use of aircraft". Despite the definition of "commercial air services", I do not think that I would be justified in applying it to deny efficacy either to s. 14(1)(*e*) of the Act or to s. 19 of the Regulations. The thrust of each is clear enough, still leaving, however, difficulty with the meaning of control, especially when s. 19 seeks to embrace intended transactions that would result in a change of control.

The other judgment in that appeal was that of Spence J. (in which all other members of the Court concurred excepting only the Chief Justice and Pigeon J.), who concluded that the regulation had no application to a transaction involving a transfer of share control of a limited company which carried on a commercial air service. Spence J. concluded that the section, which I have set out in part above, was directed only to a change of control over the physical assets and services comprised in the expression "commercial air service". Spence J. concluded at p. 82:

> In my opinion, it envisages such matters as change of routes, change of schedules, change of policy of operation, and many other matters integral to the operation of a commercial air service but not as to the identity of the

[*Re Pacific Western Airlines*], [1978] 1 R.C.S. 61. Lors de ce pourvoi, la Cour s'est penchée sur l'interprétation d'un règlement en vertu duquel le consentement préalable de la Commission était nécessaire si une opération devait entraîner «le changement de contrôle, le transfert, l'unification, la fusion ou la location de services aériens commerciaux». Le juge en chef Laskin, qui a rédigé les motifs au nom de six autres juges, a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'interpréter l'effet du règlement précité sur l'acquisition par la province de l'Alberta des actions de PWA parce que le règlement dit «toute personne» et que cette expression, dans le contexte des lois et règlements en cause, ne comprend pas Sa Majesté du chef de la province. Toute observation qui pourrait être attribuée, dans cet arrêt, à une interprétation du règlement précité constitue donc un *obiter*. Avant d'aborder la partie décisive de ses motifs, il fait toutefois observer, à la p. 67:

> Les termes de l'art. 19 conviennent mal si on les utilise littéralement en disant «contrôle financier de l'emploi d'aéronefs» ou «unification de l'emploi d'aéronefs» ou encore «fusion de l'emploi d'aéronefs». Malgré la définition de «service aérien commercial», je ne pense pas devoir l'appliquer de façon à enlever toute efficacité aux art. 14(1)*e*) de la Loi et 19 du Règlement. Le but de chaque article est suffisamment clair, mais la difficulté d'interprétation du mot «contrôle» subsiste, surtout parce que l'art. 19 tend à englober toutes les opérations projetées dont le résultat serait un changement de contrôle financier.

Le juge Spence a aussi rédigé des motifs dans ce pourvoi, (motifs auxquels tous les autres juges de la Cour ont souscrit sauf le Juge en chef et le juge Pigeon); il y conclut que le règlement ne s'applique pas à l'opération qui comporte un transfert du contrôle des actions d'une société à responsabilité limitée qui exploite un service aérien commercial. Le juge Spence conclut que l'article, que j'ai cité en partie plus haut, s'applique uniquement aux changements de contrôle des biens matériels et des services visés par l'expression «service aérien commercial». Le juge Spence conclut, à la p. 82:

> A mon sens, il vise les questions de changements d'itinéraires, d'horaires, de politiques d'exploitation et autres, qui sont directement liées à l'exploitation du service aérien commercial et non à l'identité des actionnaires

shareholders of the air carrier which operates the commercial air service.

As Spence J. points out at p. 82, the regulation there dealt with the control of a commercial air service and not the control of an air carrier. Here the regulation concerns a "union" of two persons each of whom is said to be the "owner of a utility". The meaning to be assigned to 'control' in the *Air Carrier Regulations* must of course be determined in the context of those regulations and the statutory pattern under which they were promulgated, and therefore I do not find the case of much direct assistance in resolving the issues here.

Again we find in a decision of the Manitoba Court of Appeal (*In re Suburban Rapid Transit Co.*, [1931] 1 W.W.R. 778) an interpretation of the expression "every owner of a public utility" which is of course similar to that found in s. 2(*i*). By another clause in the statute then before the court it was provided that "owner embraces every corporation ... that own[s], operate[s], manage[s] or control[s] any public utility". In that case the franchise and the obligation to operate the transit service was held by a wholly-owned subsidiary of Winnipeg Electric. The order of the Board was directed against Winnipeg Electric and the subsidiary. The court held that the statute in question had no application to the parent company as it had no obligations with respect to the transit franchise, and the Board in question was without power to regulate the holding company's affairs. Robson J.A., as he then was, dealt with the word "control" in the context of the statutory plan there before the courts, at p. 780:

> Even if it were to be supposed that this bulk share ownership amounted to "control" of the Suburban Rapid Transit Company by the Winnipeg Electric Company in any sense known to the law there is no ground for supposing that it was meant that the company so controlling should put all its own assets behind the obligations of the subsidiary company.

and went on to conclude at p. 781:

> In the present case the franchise and the contract to build and operate are by statute recognized as those of

d'une compagnie aérienne qui exploite un service aérien commercial.

Comme le signale le juge Spence, à la p. 82, le règlement en question dans cette affaire visait le contrôle d'un service aérien commercial et non celui d'un transporteur aérien. Le règlement dont il est question en l'espèce vise «l'union» de deux personnes dont chacune est dite «propriétaire d'une entreprise de service public». Le sens à donner au mot «contrôle» dans le *Règlement sur les transporteurs aériens* doit de toute évidence être déterminé en fonction de ce règlement et de la loi en vertu de laquelle il a été promulgué; par conséquent je ne crois pas que cet arrêt soit très utile pour résoudre les questions qui se posent en l'espèce.

On trouve aussi dans un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (*In re Suburban Rapid Transit Co.*, [1931] 1 W.W.R. 778) une interprétation de l'expression [TRADUCTION] «tout propriétaire d'une entreprise de service public» qui ressemble évidemment à celle employée à l'al. 2*i*). Un autre article de la loi alors étudiée par la Cour édictait que [TRADUCTION] «propriétaire comprend toute société ... qui possède, exploite, dirige ou contrôle une entreprise de service public». Dans ce cas-là, le permis d'exploiter le service de transport était détenu par une filiale en propriété exclusive de Winnipeg Electric. L'ordonnance de la Commission s'adressait à Winnipeg Electric et à la filiale. La Cour a jugé que la loi en question ne s'appliquait pas à la société mère puisque celle-ci n'avait aucune obligation à l'égard du permis de transport et que la Commission en cause n'avait pas le pouvoir de réglementer les affaires de la société de portefeuille. Le juge Robson, tel était alors son titre, dit ce qui suit au sujet du mot «contrôle» dans le contexte de la législation alors soumise aux tribunaux, à la p. 780:

> [TRADUCTION] Même en supposant que la propriété de ce bloc d'actions équivaille au «contrôle» de la Suburban Rapid Transit Company par la Winnipeg Electric Company de quelque façon reconnue en droit, rien ne permet de présumer qu'on ait voulu que la compagnie qui exerce ce contrôle offre tous ses biens propres en garantie des obligations de la filiale.

Il poursuit, à la p. 781:

> [TRADUCTION] En l'espèce, le permis et le contrat d'organisation et d'exploitation sont reconnus par la loi

the Suburban Rapid Transit Company and there is nothing on which to base a holding that the Winnipeg Electric Company has at law either rights or obligations in relation to them.

Other cases dealing with similar expressions were drawn to our attention on the argument of this appeal, no doubt on the invocation of the general interpretative rule that where words have received judicial interpretation, Parliament in subsequently adopting or using such words without indication to the contrary may be taken to have intended to have adopted the prior interpretation by the courts. *Vide Barlow v. Teal* (1885), 15 Q.B.D. 403. However, that general rule has little or no application where the subject matter of the statutes is not similar or where the statutory pattern is significantly different. Nor should the rule be presumed to operate where the case is dealing with statutes and regulations of different communities at different times and enacted under different commercial and social conditions. We are left, therefore, in the position where we started, namely the interpretation of the expression "owner of a public utility" in s. 2 as it applies to the provisions of this statute, notably s. 98, *supra*.

Without proliferating unduly the study of peripheral aids to the interpretation of these sections of the Alberta statute, reference may be made to two United States decisions. In *Alleghany Corp. v. Breswick & Co.* (1957), 353 U.S. 151, the United States Supreme Court was concerned with the interpretation of railway regulations which required administrative approval where "control" of a carrier is sought by a non-carrier "through ownership of their stock or otherwise". Frankfurter J., writing for the Court, stated at p. 163:

> In 1939 ... this Court rejected artificial tests for "control", and left its determination in a particular case as a practical concept to the agency charged with enforcement.

In its earlier decision referred to above, the Court stated:

> Investing the [Federal Communications] Commission with the duty of ascertaining "control" of one company by another [as the basis for the Commission's jurisdiction], Congress did not imply artificial tests of control. This is an issue of fact to be determined by the special circumstances of each case. So long as there is warrant

comme étant ceux de la Suburban Rapid Transit Company et rien ne permet d'affirmer que Winnipeg Electric Company a juridiquement des droits ou des obligations à leur égard.

On nous a signalé, lors des plaidoiries relatives au présent pourvoi, d'autres causes qui portent sur des expressions analogues pour se prévaloir sans doute de la règle générale d'interprétation selon laquelle si le Parlement adopte ou emploie des mots qui ont fait l'objet d'une interprétation judiciaire sans indiquer qu'ils ont un sens différent, il faut conclure qu'il a eu l'intention de leur donner le sens indiqué par les tribunaux. Voir *Barlow v. Teal* (1885), 15 Q.B.D. 403. Toutefois, cette règle générale a peu ou pas d'application si l'objet de la loi est distinct ou si l'économie de la loi est sensiblement différente. Il ne faut pas non plus présumer que la règle s'applique si l'affaire a trait à des lois ou des règlements de collectivités différentes, adoptés à une époque différente, dans des circonstances sociales et commerciales différentes. Nous en revenons donc à la question initiale: quel est le sens de l'expression «propriétaire d'une entreprise de service public» contenue à l'art. 2, qui s'applique aux dispositions de cette loi, notamment à l'art. 98, précité.

Sans prolonger indûment l'examen des moyens accessoires d'interprétation de ces articles de la loi albertaine, on peut citer deux arrêts des États-Unis. Dans l'arrêt *Alleghany Corp. v. Breswick & Co.* (1957), 353 U.S. 151, la Cour suprême des États-Unis devait interpréter des règlements des chemins de fer qui exigeaient une approbation administrative dans le cas où une entreprise qui ne s'occupait pas de transport cherchait à acquérir le «contrôle» d'un transporteur [TRADUCTION] «par la propriété de ses actions ou autrement». Le juge Frankfurter, s'exprimant au nom de la Cour, affirme ceci à la p. 163:

> [TRADUCTION] En 1939 ... cette Cour a rejeté les critères artificiels de «contrôle» et en a laissé en pratique la détermination dans chaque cas particulier à l'organisme chargé de l'application de la loi.

Dans son arrêt antérieur dont il est question ci-dessus, la Cour avait dit:

> [TRADUCTION] En imposant à la Commission [fédérale des communications] l'obligation de déterminer le «contrôle» d'une société par une autre [comme fondement de la compétence de la Commission], le Congrès n'avait pas l'intention d'imposer des critères artificiels de contrôle. C'est une question de fait qui doit être tranchée selon les

in the record for the judgment of the expert body it must stand. [*Rochester Telephone Corp. v. United States*, 307 U.S. 125, at pp. 145-46.]

Remarkably similar are the comments of Clement J. A. writing on behalf of the Court in this appeal:

> Having all these matters in mind, I am of opinion that control is not to be confined in its meaning to immediate ostensible control of the operation and management of a public utility. In its context the word "controlling" must be accorded a more comprehensive meaning extending to the operational realities of control for public utilities purposes.

With respect I agree.

For the reasons which I have already set out I have concluded that the appellant Atco is "the owner of a public utility" within the meaning of that expression in s. 2 and as such comes within the reach of s. 98 and secondly, that the terms "unite" and "union" in that section are sufficiently broad so as to include a union or combination of companies or their respective undertakings by reason of the acquisition by one company of the shares of another company. It follows that s. 2 and s. 98, when read in combination, authorize the Board to respond to an application under s. 51 in the manner that the Board has done here. While technically two appeals were taken from the decision of the Court of Appeal, they should be regarded in this Court as one appeal. Therefore, I would not disturb the order below as to costs and would award costs in this Court against the appellants Atco and Canadian Utilities in favour of the respondents in this Court, CP and the City of Calgary. There should be no costs in favour of the Public Utilities Board of Alberta.

*Appeal dismissed with costs*, RITCHIE, MCINTYRE *and* WILSON JJ. *dissenting.*

*Solicitors for the appellants Atco Ltd. and 99139 Canada Inc.: Macleod Dixon, Calgary.*

*Solicitors for the appellants Canadian Utilities Limited, Canadian Western Natural Gas Company Limited, Northwestern Utilities Limited and Alberta Power Limited: Milner & Steer, Edmonton.*

*Solicitors for the respondent Calgary Power Ltd.: Howard, Mackie, Calgary.*

circonstances de chaque cas. Dès lors que le dossier justifie la décision de l'organisme spécialisé, il faut la confirmer.[*Rochester Telephone Corp. v. United States*, 307 U.S. 125, aux pp. 145 et 146.]

Les observations du juge Clement qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel en l'espèce sont remarquablement semblables:

> [TRADUCTION] Compte tenu de tout ce qui précède, je suis d'avis que le sens de contrôle ne doit pas se limiter au contrôle apparent et immédiat de l'exploitation et de la gestion d'une entreprise de service public. Dans son contexte, le mot «contrôle» doit recevoir un sens plus général qui s'étend aux modalités pratiques de contrôle aux fins d'une entreprise de service public.

Avec égards, je suis d'accord.

Pour les motifs que j'ai déjà exposés, je conclus que l'appelante Atco est «propriétaire d'une entreprise de service public» au sens de cette expression à l'art. 2 et qu'en conséquence elle est assujettie à l'art. 98. Je conclus, en second lieu, que les mots «s'unir» et «union» contenus dans cet article sont assez généraux pour viser une union ou réunion de sociétés ou de leurs entreprises respectives par suite de l'acquisition par une société des actions d'une autre. Il s'ensuit que les art. 2 et 98, pris ensemble, autorisent la Commission à répondre à la demande présentée en vertu de l'art. 51 comme elle l'a fait en l'espèce. Bien qu'il y ait strictement deux pourvois à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel, il faut les considérer comme un seul pourvoi en cette Cour. En conséquence je ne modifie pas l'ordonnance de la Cour d'appel quant aux dépens et j'accorderai des dépens en cette Cour à l'encontre des appelantes Atco et Canadian Utilities aux intimées en cette Cour, CP et la ville de Calgary. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens en faveur de la Public Utilities Board de l'Alberta.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges* RITCHIE, MCINTYRE *et* WILSON *sont dissidents.*

*Procureurs des appelantes Atco Ltd. et 99139 Canada Inc.: Macleod Dixon, Calgary.*

*Procureurs des appelantes Canadian Utilities Limited, Canadian Western Natural Gas Company Limited, Northwestern Utilities Limited et Alberta Power Limited: Milner & Steer, Edmonton.*

*Procureurs de l'intimée Calgary Power Ltd.: Howard, Mackie, Calgary.*

**Richard Clifford Bennett** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

File No.: 16494.

1982: October 13; 1982: November 2.

Present: Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Sentence — Conviction of second degree murder on an indictment of first degree murder without the intervention of a jury — Trial judge increasing parole ineligibility period — Criminal Code, s. 671.*

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario pronounced on February 2, 1981, dismissing appellant's appeal against sentence. Appeal dismissed.

*Clayton C. Ruby*, for the appellant.

*David Watt*, for the respondent.

THE COURT—We are all of the opinion, for the reasons stated by the Court of Appeal of Ontario, that that Court did not err in law in deciding that a person can plead guilty to and be convicted of the lesser and included offence of second degree murder on an indictment of first degree murder, without the intervention of the jury.

We did not find it necessary to call upon the respondent with respect to the second ground of appeal, namely, that the trial judge had failed to apply proper principles in arriving at the 15-year ineligibility period. In our opinion this question is not an appropriate one for determination in this Court.

This appeal is accordingly dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General for Ontario.*

**Richard Clifford Bennett** *Appelant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

N° du greffe: 16494.

1982: 13 octobre; 1982: 2 novembre.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Sentence — Acte d'accusation de meurtre au premier degré — Verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré rendu sans l'intervention d'un jury — Prolongation par le juge du procès de la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle — Code criminel, art. 671.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, rendu le 2 février 1981, qui a rejeté l'appel de l'appelant à l'encontre de sa sentence. Pourvoi rejeté.

*Clayton C. Ruby*, pour l'appelant.

*David Watt*, pour l'intimée.

LA COUR—Nous sommes tous d'avis, pour les motifs exprimés par la Cour d'appel de l'Ontario, que celle-ci n'a pas commis d'erreur de droit en concluant qu'une personne peut, sans l'intervention d'un jury, s'avouer et être reconnue coupable de l'infraction moindre de meurtre au deuxième degré comprise dans l'infraction de meurtre au premier degré imputée dans l'acte d'accusation.

Nous n'avons pas jugé nécessaire d'entendre l'intimée relativement au second moyen d'appel, savoir que le juge du procès n'a pas appliqué les principes appropriés en fixant à 15 ans la période d'inadmissibilité. A notre avis, il s'agit là d'une question qu'il n'appartient pas à cette Cour de trancher.

Le pourvoi est donc rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant: Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général de l'Ontario.*

**Peter H. Detering, carrying on business as Astro Engine and Transmission Rebuilders** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

File No.: 16167.

1982: October 14; 1982: November 2.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Attempts — Fraud — Concurrence between actus reus and mens rea — Proof of intent — Whether accused went beyond mere preparation — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 24.*

The Ontario Court of Appeal set aside appellant's conviction of fraud and substituted a conviction of attempted fraud since the subject of the alleged fraud was not in fact deceived. The complainant was assisting the Ontario Ministry of Consumer and Commercial Relations in monitoring the practices of car repairs business and knew that the transmission of the car brought to the appellant's garage had been tampered with. The Court found that the evidence adduced was only consistent with the appellant renewing his original representation after he became aware that that was untrue.

*Held*: The appeal should be dismissed.

There is no discernible distinction between intent as it goes to the substantive offence and as it goes to a mere attempt. In either case the *actus reus* is essential to the particular charge. Section 24 of the *Criminal Code* merely required proof of intent and of accused going beyond mere preparation. Here, the external facts found in the evidence carried the acts beyond mere intention and amounted to a continuance of the accused's objective manifestation. This established the elements of the attempt.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal setting aside appellant's conviction of fraud and substituting a conviction of attempted fraud. Appeal dismissed.

**Peter H. Detering, faisant affaire sous la raison sociale Astro Engine and Transmission Rebuilders** *Appelant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

N° du greffe: 16167.

1982: 14 octobre; 1982: 2 novembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Tentatives — Fraude — Coïncidence de l'actus reus et de la mens rea — Preuve d'intention — L'accusé a-t-il dépassé la simple préparation? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 24.*

La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé le verdict de culpabilité de fraude rendu contre l'appelant et y a substitué une déclaration de culpabilité de tentative de fraude, car la victime de la prétendue fraude n'a en réalité pas été trompée. Elle participait au sein du ministère de la Consommation et du Commerce de l'Ontario à la surveillance des pratiques des garagistes et savait que la transmission de la voiture qu'elle a conduite au garage de l'appelant avait été trafiquée. La cour a conclu que la preuve apportée est uniquement compatible avec le fait que l'appelant a répété sa déclaration initiale même après s'être rendu compte qu'elle n'était pas exacte.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

Il n'y a aucune différence discernable entre l'intention relative à l'infraction matérielle précise et celle relative à une simple tentative. Dans les deux cas, l'*actus reus* est un élément essentiel de l'accusation portée. L'article 24 du *Code criminel* exige simplement la preuve d'une intention et de ce que l'accusé a dépassé la simple préparation. En l'espèce, les faits externes qui se dégagent de la preuve indiquent que les actes de l'accusé traduisaient plus qu'une simple intention et constituaient une continuation de son projet objectif. Les éléments constitutifs de la tentative sont donc établis.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a infirmé le verdict de culpabilité de fraude rendu contre l'appelant et y a substitué une déclaration de culpabilité de tentative de fraude. Pourvoi rejeté.

*Alan D. Gold*, for the appellant.

*David H. Doherty*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This case arose out of a charge of fraud laid against the appellant under *Criminal Code*, s. 338(1)(*b*). His conviction at trial was set aside by the Ontario Court of Appeal which substituted a conviction of attempted fraud, it being conceded that the subject of the alleged fraud, one Sheila Harris, an employee of the Ontario Ministry of Consumer and Commercial Relations, was not in fact deceived. She had been assisting the Ministry in monitoring the practices of persons operating garage repair businesses. She had brought a well used car to the appellant's repair shop, knowing that the transmission had been slightly tampered with and could be rectified with a few minutes work. She told the appellant that she had transmission trouble, and after he took the car for a test drive he told her that the transmission would have to be rebuilt and that the repair would cost $189 plus $3.50 sales tax.

When Sheila Harris reclaimed the car she paid the previously mentioned charge for the work. Without going into detail, it is enough to say that the bill she received noted that the transmission had been rebuilt but this was not in fact so. The Ontario Court of Appeal, speaking through MacKinnon A.C.J.O. held that there was an attempt to commit the offence specified in the indictment. In his view, "the evidence is consistent only with the appellant renewing or continuing his original representation that the transmission required overhauling after he became aware that that was untrue".

In this Court, counsel for the appellant advanced three propositions, of which the third was that there must be a concurrence between the *actus reus* (the representation) and the *mens rea* that there was no *mens rea* at the time the statement or representation to the Crown witness was

*Alan D. Gold*, pour l'appelant.

*David H. Doherty*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi tire son origine d'une accusation de fraude portée contre l'appelant en vertu de l'al. 338(1)*b*) du *Code criminel*. La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé le verdict de culpabilité rendu au procès et y a substitué une déclaration de culpabilité de tentative de fraude. On a en effet reconnu que la victime de la prétendue fraude, une nommée Sheila Harris, employée du ministère de la Consommation et du Commerce de l'Ontario, n'a en réalité pas été trompée. A l'époque en question, elle participait au sein du Ministère à la surveillance des pratiques des garagistes. Elle a conduit une voiture passablement usagée à l'atelier de réparations de l'appelant en sachant que la transmission avait été légèrement trafiquée et qu'il suffisait de quelques minutes pour la réparer. Elle a expliqué à l'appelant qu'elle avait des ennuis de transmission et celui-ci, après avoir essayé la voiture, lui a dit qu'il fallait la refaire à un coût de $189 plus $3.50 de taxe de vente.

C'est la facture que Sheila Harris a acquittée pour le travail effectué quand elle est allée reprendre la voiture. Sans entrer dans les détails, il suffit de dire que, selon la facture qu'elle a reçue, la transmission avait été refaite alors qu'en réalité ce n'était pas le cas. La Cour d'appel de l'Ontario, par l'intermédiaire du juge en chef adjoint MacKinnon, a conclu qu'il y avait eu tentative de commettre l'infraction visée par l'acte d'accusation. Selon le juge en chef adjoint, [TRADUCTION] «la preuve est uniquement compatible avec le fait que l'appelant a répété ou maintenu sa déclaration initiale, savoir qu'il fallait remettre la transmission en état, même après s'être rendu compte que ce n'était pas exact».

En cette Cour, l'avocat de l'appelant a fait valoir trois arguments; selon le troisième, il doit y avoir coïncidence de l'*actus reus* (la déclaration) et de la *mens rea*, qu'il n'y avait pas de *mens rea* au moment où la déclaration a été faite au témoin à charge et que, s'il y a eu *mens rea* par la suite,

made, and that if *mens rea*, did arise later, the *actus reus* had been long completed. I need say as to this submission only that it is covered by the finding above-quoted by MacKinnon A.C.J.O. Concurrence was therefore present.

The other two propositions advanced by Mr. Gold for the appellant were not as such reflected in the Court of Appeal's reasons. Counsel dwelt on two points. First, he said that *Criminal Code*, s. 24(1) dealing with attempts contains an inherent contradiction when it requires proof of an intent to commit the substantive offence. Moreover, it involves, on his submission, proof of all the ingredients essential to the full offence, and if no crime has been committed (when the complainant has not been deceived) the accused cannot be charged with the required intent. Moreover, in the counsel's view, an attempt envisages failure not success, and if the planned deception has been achieved there can be no liability for attempt.

Second, it was his submission that proximity was an essential requirement in the sense, to put it generally, that the actions of the accused must go beyond mere preparation and close (a question of degree) to the realization of his purpose. Putting these matters another way, if the acts of the accused go beyond mere preparation, they could amount to an attempt; however, if they are thereafter carried out and result in success and if, as in this case they do not amount to a crime, there could be a conviction of attempt. Counsel for the accused contends that the provisions of *Criminal Code*, s. 24(1) which define attempts do not affect the cogency of his propositions.

*Criminal Code*, s. 24(1) and (2) read as follows:

**24.** (1) Every one who, having an intent to commit an offence, does or omits to do anything for the purpose of carrying out his intention is guilty of an attempt to commit the offence whether or not it was possible under the circumstances to commit the offence.

(2) The question whether an act or omission by a person who has an intent to commit an offence is or is not mere preparation to commit the offence, and too

l'*actus reus* avait alors été accompli depuis longtemps. Pour ce qui est de cet argument, il me suffit de dire que la conclusion précitée du juge en chef adjoint MacKinnon s'y applique. Il y a donc eu coïncidence.

Les deux autres arguments que Me Gold a mis de l'avant pour le compte de l'appelant ne sont pas mentionnés comme tels dans les motifs de la Cour d'appel. L'avocat a insisté sur deux points. Il a prétendu d'abord que le par. 24(1) du *Code criminel*, qui traite des tentatives, renferme une contradiction inhérente puisqu'il exige la preuve d'une intention de commettre l'infraction matérielle précise. Il nécessite en outre, suivant cet argument, la preuve de l'existence de tous les éléments constitutifs de l'infraction complète, et s'il n'y a pas eu perpétration d'un crime, comme c'est le cas lorsque le plaignant n'a pas été trompé, on ne peut imputer à l'accusé l'intention requise. De plus, selon l'avocat, une tentative suppose l'échec plutôt que la réussite, et le succès de la supercherie projetée exclut la culpabilité d'une tentative de commettre l'infraction.

L'avocat a prétendu en second lieu que l'imminence est une exigence essentielle en ce sens, si l'on veut, que les actes de l'accusé doivent dépasser la simple préparation pour se rapprocher (une question de degré) de la réalisation de son projet. En d'autres termes, si les actes de l'accusé dépassent la simple préparation, ils peuvent constituer une tentative; toutefois si l'accusé donne suite à son projet et qu'il réussisse et si, comme en l'espèce, cela ne constitue pas un crime, on ne peut le déclarer coupable de tentative. L'avocat de l'accusé soutient que la définition du mot «tentative» au par. 24(1) du *Code criminel* n'affaiblit nullement ses arguments.

Les paragraphes 24(1) et (2) du *Code criminel* sont ainsi rédigés:

**24.** (1) Quiconque, ayant l'intention de commettre une infraction, fait ou omet de faire quelque chose pour arriver à son but, est coupable d'une tentative de commettre l'infraction, qu'il fût possible ou non, dans les circonstances, de la commettre.

(2) Est une question de droit la question de savoir si un acte ou une omission par une personne qui a l'intention de commettre une infraction est ou n'est pas une

remote to constitute an attempt to commit the offence, is a question of law.

There are answers to these propositions under this statutory provision. In the first place, there is no discernible distinction between intent as it goes to the substantive offence and as it goes to a mere attempt. In either case, the *actus reus* is essential to the particular charge. In this case the question whether the accused's intent remained only subjective is answered by what was said by the Ontario Court of Appeal. The external facts found in the evidence carried the acts beyond mere intention and amounted to a reaffirmation or a continuance of the accused's objective manifestation. This established the elements of the attempt.

This leaves for consideration the so-called proximity principle. It may well be that this is envisaged by the reference to remoteness in s. 24(2), but I do not see that it advances the essential issue in attempt which requires going beyond mere preparation. Nor do I find cogency in the appellant's submission that if there is impossibility this does not bring any act of the accused closer to realization so as to establish proximity. I read s. 24(1) as making a different distinction, one merely requiring proof of intent and of accused going beyond mere preparation by making, as in this case, a false representation even though not resulting in full realization of his objective.

I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Alan D. Gold, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

simple préparation à la perpétration de l'infraction, et trop lointaine pour constituer une tentative de commettre l'infraction.

Ce texte de loi offre des réponses à ces arguments. En premier lieu, il n'y a aucune différence discernable entre l'intention relative à l'infraction matérielle précise et celle relative à une simple tentative. Dans les deux cas, l'*actus reus* est un élément essentiel de l'accusation portée. En l'espèce, la réponse à la question de savoir si l'intention de l'accusé est demeurée purement subjective se trouve dans les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario. Les faits externes qui se dégagent de la preuve indiquent que les actes de l'accusé traduisaient plus qu'une simple intention et constituaient une confirmation ou une continuation de son projet objectif. Les éléments constitutifs de la tentative sont donc établis.

Reste à examiner ce qu'on appelle le principe de l'imminence. Il se peut bien que c'est ce que vise la mention du caractère lointain au par. 24(2), mais je ne crois pas que cela touche la question essentielle dans le cas d'une tentative, soit celle de savoir s'il y a eu plus qu'une simple préparation. De plus, l'appelant ne me convainc pas lorsqu'il plaide que, s'il y a impossibilité, l'accusé ne peut par ses actes se rapprocher de la réalisation du projet de manière qu'il y ait imminence. Suivant mon interprétation, le par. 24(1) fait une toute autre distinction qui exige simplement la preuve d'une intention et de ce que l'accusé a dépassé la simple préparation en faisant, comme en l'espèce, une fausse déclaration, même si cela n'a pas entraîné la réalisation intégrale de son projet.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelant: Alan D. Gold, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

**The Canadian Union of Public Employees and The New Brunswick Council of Provincial Institutional Unions (Local 1251)** *Appellants*;

and

**Her Majesty in Right of the Province of New Brunswick as represented by Treasury Board** *Respondent.*

File No.: 16788.

1982: October 19; 1982: November 2.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

*Labour relations — Public service — Collective agreement — Applicability of certain contract clauses to summer students — Effect to be given words "employee" and "person" as used in those clauses — Effect of Public Service Labour Relations Act on agreement — Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, ss. 30, 32(c), 35.*

The articles in a collective agreement dealing with union dues check-off and with the entitlement to wages for work as outlined in a schedule contained the word "person" and its plural. Appellant contended that those provisions applied to summer help because of the use of that word, even though it did not consider summer help to be "employees" as defined in the collective agreement and the *Public Service Labour Relations Act*. The summer help were neither members of the bargaining unit as represented by the union nor did prospective members of the union qualify as employees within it.

*Held* (Estey J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, McIntyre, Chouinard and Wilson JJ.: The word "person" used in the articles of the agreement under consideration referred to prospective employees and did not include those, like summer students, who did not or would not qualify as employees. Had "employee" or "employees" not been so precisely defined both in the Act and the agreement, there would have been more flexibility to subsume the summer help in the agreement. This flexibility is unavailable as the collective agreement "applies

**Le Syndicat canadien de la fonction publique et le Conseil des syndicats d'établissements provinciaux du Nouveau-Brunswick (section locale 1251)** *Appelants*;

et

**Sa Majesté du chef de la province du Nouveau-Brunswick représentée par le Conseil du Trésor** *Intimée.*

N° du greffe: 16788.

1982: 19 octobre; 1982: 2 novembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

*Relations de travail — Fonction publique — Convention collective — Applicabilité de certaines clauses de la convention aux étudiants embauchés pour l'été — Effet à donner aux mots «employé» et «personne» qui figurent dans ces clauses — Effet de la Loi relative aux relations de travail dans les services publics sur la convention — Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, chap. P-25, art. 30, 32c), 35.*

Les clauses d'une convention collective relatives au précompte des cotisations syndicales et au droit aux salaires fixés dans l'annexe pour différentes sortes de travail contenaient le mot «personne» au singulier et au pluriel. L'appelant a fait valoir qu'en raison de l'emploi de ce mot, ces clauses s'appliquent aux remplaçants d'été, même s'il ne considérait pas ces derniers comme des «employés» au sens de la convention collective et de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*. Les remplaçants d'été ne font pas partie de l'unité de négociation représentée par le Syndicat et il en va de même des membres éventuels.

*Arrêt* (le juge Estey est dissident): Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, McIntyre, Chouinard et Wilson: Le mot «personne» employé dans les clauses de la convention en cause se rapporte aux employés éventuels et ne comprend pas les personnes qui, comme des étudiants embauchés pour l'été, n'ont pas qualité d'employés ou ne l'obtiendront pas. Si les mots «employé» ou «employés» n'avaient pas reçu une définition aussi précise, aussi bien dans la Loi que dans la convention, on aurait une plus grande latitude pour appliquer cette dernière aux remplaçants

to and is binding on the Union, the employees, the Employer and its Agents".

*Per* Estey J., *dissenting*: This agreement created rights that related to the performance of work by students under the collective agreement and that were enforceable by the bargaining agents. Hired on a casual basis and not eligible to become an "employee" until attached to the work force for a set length of time, students fell within the definition of "persons" and had entitlements, *i.e.* reflected rights in that those rights were subject to enforcement through action by the bargaining agent. The collective agreement so construed was authorized by the *Public Service Labour Relations Act*. It is the employer's obligation to effect the mechanics of deducting and remitting union dues, given that that obligation is legal.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1981), D.L.R. (3d) 202, 36 N.B.R. (2d) 394, 94 A.P.R. 394, upholding in *certiorari* proceedings a decision of the Public Service Labour Relations Board. Appeal dismissed, Estey J. dissenting.

*David Brown*, for the appellants.

*Richard Speight*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, McIntyre, Chouinard and Wilson JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The issue in this appeal, which is here by leave of this Court, is, whether the appellant Canadian Union of Public Employees, Local 1251, may apply art. 4.01(a) and art. 21.11 of its collective agreement with the respondent in respect of summer vacation relief staff, students engaged by the respondent to do work falling within the schedules listed in the collective agreement.

Article 4.01(a) deals with a deduction of Union dues in the following terms:

4.01 (a) The Employer shall deduct from the wages due to every employee or person covered by this Collective Agreement an amount equal to the dues of the Union

d'été. Cette latitude n'existe pas parce que la convention collective «s'applique, tout en les liant, au Syndicat, aux employés, à l'Employeur et à ses Agents».

*Le* juge Estey, *dissident*: Cette convention crée des droits relatifs à l'exécution par des étudiants d'un travail qui en relève et les agents négociateurs peuvent assurer le respect de ces droits. Embauchés pour accomplir un travail à titre occasionnel et ne pouvant devenir des «employés» que si la durée de leur emploi dépasse des limites déterminées, les étudiants sont des «personnes» au sens de la définition et à ce titre ont des droits qui sont garantis par la convention collective en ce sens que l'agent négociateur peut agir pour les faire respecter. Ainsi interprétée, la convention collective est autorisée par la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*. Il y a en droit une obligation de la part de l'employeur d'effectuer le précompte des cotisations syndicales et d'en remettre le montant à l'agent négociateur.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1981), D.L.R. (3d) 202, 36 N.B.R. (2d) 394, 94 A.P.R. 394, qui a confirmé, dans le cadre de procédures en *certiorari*, une décision de la Commission des relations de travail dans les services publics. Pourvoi rejeté, le juge Estey est dissident.

*David Brown*, pour les appelants.

*Richard Speight*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Ritchie, Dickson, McIntyre, Chouinard et Wilson rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi, formé avec l'autorisation de cette Cour, soulève la question de savoir si l'appelant le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1251, peut appliquer l'alinéa 4.01a) et la clause 21.11 de la convention collective conclue avec l'intimé au personnel de remplacement pour les vacances d'été, c'est-à-dire aux étudiants embauchés par l'intimé pour effectuer le travail relevant des classes énumérées dans la convention.

L'alinéa 4.01a) porte sur la retenue des cotisations syndicales. En voici le texte:

4.01a) L'Employeur doit retenir sur le salaire revenant à chaque employé ou personne visés par la présente convention collective un montant égal à la cotisation régle-

commencing with the month following the month which he was employed.

Article 21.11 reads as follows:

21.11 **Entitlement to Wages in Schedule "A"**—All persons hired to perform the duties of positions listed in Schedule "A" of this agreement shall be entitled to the wages in Schedule "A".

It is common ground that the summer vacation relief staff are not members of the bargaining unit represented by the Union nor, as I will point out later, are they prospective members of the bargaining unit who may qualify as employees within it. It is also common ground that nothing in the collective agreement precludes the respondent Treasury Board from engaging summer vacation relief help and, indeed, there is nothing in the collective agreement to preclude the Board from contracting out its work, this being envisaged as possible by s. 6(2) of the Act and art. 26.01 of the collective agreement.

Although the Union does not regard the summer help as "employees", as that term is defined in the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, s. P-25, and in the collective agreement, and does not regard such persons as entitled to invoke the general run of provisions of the collective agreement or to be protected in any general way by its terms, it does insist that the inclusion of the word "person" in art. 4.01(a) and in art. 21.11 supports the claim for a dues check-off and supports the Union's right to oblige the Board to pay the collective agreement wage scale to the summer help. The Union regards this as a form of Union security to protect it from being undermined and attenuated if the Board can fix summer help wages outside of the collective agreement prescription.

I should say at once that if art. 4.01(a) and 21.11 are read alone, the Union should succeed and its appeal from an adverse decision of the New Brunswick Court of Appeal should be allowed. The difficulty that the collective agreement raises—and I may say that I find it a curious

mentaire du Syndicat à compter du mois qui suit le mois de son embauchage.

La clause 21.11 est ainsi conçue:

21.11 **Droit aux salaires fixés dans l'annexe «A»**—Toutes les personnes embauchées pour remplir les fonctions des postes énumérés à l'annexe «A» de la présente convention doivent avoir droit aux salaires fixés dans l'annexe «A».

Les parties reconnaissent que le personnel de remplacement pour les vacances d'été ne fait pas partie de l'unité de négociation représentée par le Syndicat; il ne s'agit pas non plus, comme je l'indiquerai plus loin, de membres éventuels de l'unité de négociation qui pourront acquérir la qualité d'employés faisant partie de celle-ci. Les parties reconnaissent également que rien dans la convention collective n'empêche le Conseil du Trésor intimé d'embaucher des remplaçants pour les vacances d'été ni même de sous-traiter ses travaux, comme l'envisage le par. 6(2) de la Loi et la clause 26.01 de la convention collective.

Bien que le Syndicat ne considère pas les remplaçants d'été comme des «employés» au sens de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, chap. P-25, et de la convention collective, ni n'estime que ces personnes ont le droit d'invoquer l'ensemble des dispositions de la convention collective ou de jouir d'une manière générale de la protection de celle-ci, il fait néanmoins valoir avec insistance que la présence du mot «personne» à l'alinéa 4.01a) et à la clause 21.11 appuie à la fois la revendication d'un précompte des cotisations et le droit du Syndicat d'obliger le Conseil à rémunérer les remplaçants d'été suivant l'échelle des salaires prévue dans la convention collective. Selon le Syndicat, cela constitue une forme de sécurité syndicale destinée à l'empêcher d'être miné et affaibli, ce qui arrivera si le Conseil peut fixer pour les remplaçants d'été une échelle de salaires non prévue dans la convention collective.

Je tiens à préciser immédiatement que si on lit isolément l'alinéa 4.01a) et la clause 21.11, le Syndicat doit avoir gain de cause et son pourvoi contre l'arrêt défavorable de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick doit être accueilli. La difficulté que soulève la convention collective—et je

agreement in the dissociation of the two provisions relied on by the Union—is that it must be read in context, and that throws us back to the *Public Service Labour Relations Act* as well as to the collective agreement. On this assessment of the case, the Union must fail and this does not mean reading the word "person" out of the two articles upon which it relies. Clearly, there is no other reliance, and the question is whether they are themselves alone to carry the Union's contentions. For the reasons which follow, I think not, however sympathetic I may feel to the Union's position.

There was some suggestion by counsel for the Board that the Union was seeking to rely on the collective agreement as being a voluntary one but counsel for the Union disavowed such a construction. Being remitted, therefore, to regarding the collective agreement as one statutorily prescribed pursuant to the *Public Service Labour Relations Act*, the Union contended that there was nothing in the Act which precluded the inclusion in the collective agreement of "person" or "persons" in art. 4.01(a) and 21.11 and with the consequences upon which it founded its case and its appeal here. That would be well enough if the language of the collective agreement was in that respect and otherwise compatible with the Act.

I turn to a number of relevant terms of the Act. "Bargaining agent" and "bargaining unit" are in these terms:

> "bargaining agent" means an employee organization
>
> (*a*) that has been certified by the Board as bargaining agent for a bargaining unit, and
>
> (*b*) the certification of which has not been revoked;
>
> "bargaining unit" means a group of two or more employees that is determined, in accordance with this Act, to constitute a unit of employees appropriate for collective bargaining;

"collective agreement" is defined as follows:

dois dire qu'il s'agit, à mon avis, d'une convention étrange en ce sens qu'il y a dissociation des deux dispositions invoquées par le Syndicat—est qu'elle doit être lue dans un certain contexte, ce qui nous oblige à prendre en considération la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics* ainsi que la convention collective elle-même. Suivant cette analyse de l'affaire, le Syndicat doit être débouté, mais cela ne veut pas dire qu'on fait abstraction du mot «personne» qui figure dans les deux dispositions sur lesquelles le Syndicat s'appuie. Il est évident que le Syndicat ne se fonde sur rien d'autre et la question est de savoir si ces dispositions à elles seules suffisent pour étayer les arguments du Syndicat. Pour les motifs qui suivent, j'estime que non, quelque sympathique que je puisse être à la position du Syndicat.

L'avocat du Conseil donne à entendre que le Syndicat cherche à invoquer le caractère volontaire de la convention collective, ce que nie l'avocat du Syndicat. Se trouvant donc dans l'obligation de considérer la convention collective comme une convention prescrite en vertu de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, le Syndicat a fait valoir que rien dans la Loi n'empêche l'inclusion dans cette convention des mots «personne» ou «personnes» qui figurent à l'alinéa 4.01a) et dans la clause 21.11 et qui entraînent les conséquences sur lesquelles se fondent ses arguments devant les tribunaux d'instance inférieure et son pourvoi devant cette Cour. Ce point de vue pourrait très bien se défendre si le langage de la convention collective était à cet égard et à d'autres égards compatible avec la Loi.

Je passe maintenant à un examen de plusieurs termes pertinents de la Loi. Les mots «agent négociateur» et «unité de négociation» sont ainsi définis:

> «agent négociateur» désigne une association d'employés
>
> *a*) qui a été accréditée par la Commission comme agent négociateur d'une unité de négociation, et
>
> *b*) dont l'accréditation n'a pas été révoquée;
>
> «unité de négociation» désigne un groupe d'au moins deux employés admis comme constituant un groupe d'employés qualifié pour négocier collectivement conformément à la présente loi;

L'expression «convention collective» est définie comme suit:

"collective agreement" means an agreement in writing entered into under this Act between the employer on the one hand, and a bargaining agent on the other hand, containing provisions respecting terms and conditions of employment and related matters;

Then we come to the definition of "employee" which, so far as relevant here, reads:

"employee" means a person employed in the Public Service, other than

. . .

(*d*) a person not ordinarily required to work more than one-third of the normal period for persons doing similar work,

(*e*) a person employed on a casual or temporary basis, unless he has been so employed for a continuous period of six months or more,

. . .

The collective agreement adopts the same definition of "employee" in art. 29.01 where it is in these words:

29.01 **Employee**—In the Agreement "Employee" means a person in the bargaining unit other than:

(a) a person not ordinarily required to work more than one-third (1/3) of the normal period for persons doing similar work.

(b) a person employed on a casual or temporary basis, unless he has been so employed for a continuous period of six months or more.

The Act authorizes an employee organization—a term defined in the Act—to apply for certification as bargaining agent for a unit of employees. The Act does not refer to a Union. Certification depends on the determination of the Public Service Labour Relations Board, pursuant to s. 30 of the Act, that a group of employees for which certification is sought constitutes a unit appropriate for collective bargaining. The Board must also be satisfied, pursuant to s. 32(*c*) of the Act, that at the date of the application a majority of employees in the bargaining unit wish to be represented by the employee organization. Under s. 35, upon certification the employee organization has the exclusive right to bargain collectively on behalf of the employees in the bargaining unit and to represent, in accordance with the Act, an employee in the

«convention collective» désigne une convention écrite conclue en application de la présente loi entre l'employeur d'une part, et un agent négociateur d'autre part, et contenant des stipulations relatives aux modalités et conditions d'emploi et matières connexes;

Cela nous amène à la définition du mot «employé» dont la partie pertinente en l'espèce est ainsi rédigée:

«employé» désigne un employé des services publics, sauf

. . .

*d*) une personne qui n'est pas habituellement tenue de travailler pendant plus du tiers de la durée normale de travail des personnes chargées de fonctions similaires,

*e*) une personne qui est employée à titre occasionnel ou temporaire, à moins qu'elle n'ait été employée ainsi pendant une période continue d'au moins six mois,

. . .

La clause 29.01 de la convention collective adopte la même définition du mot «employé». En voici le texte:

29.01 **Employé**—Dans la convention, «employé» désigne une personne de l'unité de négociation, hors:

a) une personne qui n'est pas normalement tenue de travailler pendant plus du tiers (1/3) de la période normale applicable aux personnes qui font un travail semblable;

b) une personne employée comme surnuméraire ou à titre temporaire, à moins d'avoir été ainsi employée pendant une période continue de six mois ou plus.

Aux termes de la Loi, une association d'employés — expression définie dans la Loi — peut demander à être accréditée en qualité d'agent négociateur d'une unité d'employés. La Loi ne mentionne pas de syndicat. Pour qu'il y ait accréditation, la Commission des relations de travail dans les services publics doit décider, conformément à l'art. 30 de la Loi, que le groupe d'employés visé par la demande d'accréditation constitue une unité qualifiée pour négocier collectivement. Suivant l'al. 32*c*) de la Loi, la Commission doit en outre être convaincue qu'à la date de la demande la majorité des employés de l'unité de négociation désire que l'association d'employés les représente. Aux termes de l'art. 35, dès lors qu'il y a accréditation, l'association d'employés a seule le droit de négocier collectivement pour le compte

presentation or reference of a grievance to adjudication relating to the interpretation or application of a collective agreement or arbitral award applying to the bargaining unit to which the employee belongs.

It is under these provisions that the Union obtained certification, as its concluded collective agreement with the Treasury Board states in art. 1.01 thereof. The process and its consummation are both geared to representation of employees.

The collective agreement recognizes the Union under art. 1.01 as the sole and exclusive bargaining agent for all employees for whom it has been certified under the *Public Service Labour Relations Act*. The terms and conditions of employment specified under the Act, as mentioned in the preamble are those "affecting employees covered by this Agreement". If the word "employee" or "employees" had not been so precisely defined, both in the Act and in the agreement, there would be more flexibility in subsuming summer relief help within the agreement. As matters stand, such flexibility is unavailable when, as in art. 1.04, the collective agreement "applies to and is binding on the Union, the employees, the Employer and its Agents". Awkwardness arises from the occasional reference to the word "person" and "persons" and this must be addressed; the word does not appear in the Act other than by way of definition and exclusion when defining "employee".

Article 29.10 of the collective agreement defines "person", but in a qualified way as follows:

> 29.10 **Person**—In this Agreement is any person who has been hired to do the work of a nature normally performed by members of the bargaining unit and who has not obtained the status of employees as defined in 29.01 of this Article.

Also relevant is art. 30.03 entitled "Status Employee" which is identified in these terms:

des employés de l'unité de négociation et de représenter, conformément à la Loi, un employé à l'occasion de la présentation ou du renvoi à l'arbitrage d'un grief relatif à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective ou d'une sentence arbitrale applicable à l'unité de négociation à laquelle appartient cet employé.

C'est en vertu de ces dispositions que le Syndicat a obtenu l'accréditation, comme l'indique la clause 1.01 de la convention collective conclue avec le Conseil du Trésor. Le processus d'accréditation ainsi que son aboutissement visent l'un et l'autre la représentation d'employés.

La clause 1.01 de la convention collective reconnaît le Syndicat comme seul et unique agent négociateur de tous les employés à l'égard desquels il a été accrédité en vertu de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*. Les conditions d'emploi énoncées dans la Loi sont, comme le mentionne le préambule, celles qui concernent «les employés visés par la présente convention». Si les mots «employé» ou «employés» n'avaient pas reçu une définition aussi précise, aussi bien dans la Loi que dans la convention, on aurait une plus grande latitude pour appliquer cette dernière aux remplaçants d'été. Dans l'état actuel des choses, cette latitude n'existe pas parce que, aux termes de la clause 1.04, la convention collective «s'applique, tout en les liant, au Syndicat, aux employés, à l'Employeur et à ses agents». La difficulté, qui mérite notre attention, découle de ce que la convention contient à certains endroits les mots «personne» et «personnes», alors que ces mots ne figurent pas dans la Loi, si ce n'est à titre de définition et d'exclusion dans la définition du mot «employé».

La clause 29.10 de la convention collective définit le mot «personne», mais en y apportant une restriction. En voici le texte:

> 29.10 **Personne**—Dans la présente convention désigne toute personne qui a été embauchée pour faire le travail d'un genre normalement accompli par des membres de l'unité de négociation et qui n'a pas obtenu le statut d'employé défini à la disposition 29.01 du présent article.

La clause 30.03 intitulée «Statut d'employé» est également pertinente. Elle est ainsi rédigée:

30.03 **Status Employee**—A person who has attained the status of employee as defined under Article 29 shall receive all rights and benefits under this agreement retroactive to date of employment. The parties agree that the status of the aforementioned employee shall be equivalent to the status of employees covered by the foregoing Article 30.01(b).

It is also helpful to bring into account certain provisions respecting probationers as specified in art. 30.01(a) and (b), art. 30.02 (a) and (b) and art. 30.04 and 30.05. They read:

30.01 (a) An employee appointed to the Civil Service shall be on probation from the date of his appointment to the Civil Service for a minimum period of six months **immediately following the date of appointment.** The Probationary Period may be extended by the Deputy Minister of the appropriate department for two further periods of three months each but the total probationary period shall not exceed twelve months from the date of appointment.

(b) For all employees covered by this collective agreement and not subject to the Civil Service Act the probationary period shall be one hundred and twenty (120) working days from date of hiring. Such period may be extended by the Department Head for two further periods of sixty (60) working days each but the total probationary period shall not exceed two hundred and forty (240) working days from the date of hiring.

30.02 (a) The employment of an employee may be terminated at any time during the probation period without recourse to the Grievance Procedure except as provided under the Public Service Labour Relations Act.

(b) During their probationary period employees shall benefit from all of the provisions of this collective agreement with the exception of the grievance procedure in the case of termination as stated in 30.02(a).

. . .

30.04 When the probationary period of an employee covered by the foregoing Article 30.01(a) or 30.01(b) is extended beyond six months or one hundred and twenty (120) working days, he shall be notified in writing of such extension.

30.05 The effective date of any termination of employment during the probationary period shall not be a date that falls beyond the expiration of the probationary period.

30.03 **Statut d'employé**—Une personne qui a atteint le statut d'employé tel que défini dans l'article 29 doit bénéficier de tous les droits et avantages prévus dans la présente convention, avec effet rétroactif à la date de l'emploi. Les parties conviennent que le statut de l'employé susmentionné doit être équivalent à celui des employés visés par la disposition 30.01b) ci-dessus.

De plus, il est utile de mentionner certaines dispositions relatives aux stagiaires, savoir les alinéas 30.01a) et b), les alinéas 30.02a) et b) et les clauses 30.04 et 30.05. En voici le texte:

30.01 a) Un employé nommé à un poste au sein de la fonction publique doit être stagiaire pendant une période minimale de six mois **qui suit immédiatement la date de sa nomination,** période à laquelle le sous-ministre du ministère concerné peut ajouter deux périodes supplémentaires de trois mois chacune, mais la période de stage totale ne doit pas durer plus de douze mois après la date de la nomination.

b) Pour tous les employés visés par la présente convention collective et auxquels la Loi sur la Fonction publique ne s'applique pas, la période de stage doit être de cent vingt (120) jours ouvrables à partir de la date d'embauchage. Le sous-chef peut ajouter à cette période deux autres périodes de soixante (60) jours ouvrables chacune, mais la période de stage totale ne doit pas durer plus de deux cent quarante (240) jours ouvrables calculés à partir de la date d'embauchage.

30.02 a) Un employé peut être renvoyé durant la période de stage et il ne pourra pas avoir recours à la procédure de règlement des griefs, sous réserve des dispositions de la Loi relative aux relations de travail dans les services publics.

b) Pendant leur période de stage les employés doivent bénéficier de toutes les dispositions de la présente convention collective à l'exception de la procédure de règlement des griefs dans le cas d'un renvoi, tel qu'énoncé dans la disposition 30.02a).

. . .

30.04 Lorsque la période de stage d'un employé visé par la disposition 30.01a) ou 30.01b) ci-dessus est prolongée et qu'elle dépasse six mois ou cent vingt (120) jours ouvrables, l'employé doit être avisé par écrit d'une telle prolongation.

30.05 La date de l'entrée en vigueur de toute cessation d'emploi pendant la période de stage ne doit pas survenir après l'expiration de la période de stage.

There is no doubt that the reference to persons as those who may become employees (on being so qualified) and who are then given retroactive recognition as employees is not very artistic but its meaning is plain. The definition of "employee" contemplates that there may be persons engaged who did not immediately qualify as employees because they must satisfy a probationary period. There are those who, like the summer relief staff here, are not considered to be even prospective employees because of the short duration of their work. However, those on temporary work will, if it continues for six months or more, be entitled to employee status and to retroactive benefits applicable to employees, as prescribed in the collective agreement. This helps to explain that provision of art. 4.01(a), so much relied on by the Union, which mentions "person" but the mention is in relation to "every employee or person covered by this Collective Agreement". The concluding underlined words illuminate the meaning of "person" when taken in the context of art. 29.01, 29.10 and 30.03.

Il ne fait pas de doute que cela n'a rien de très artistique d'appeler personnes ceux qui peuvent devenir des employés (dès qu'ils satisfont aux normes) et qui sont alors reconnus comme tels avec effet rétroactif, mais le sens en est clair. La définition du mot «employé» envisage la possibilité que soient embauchées des personnes qui n'ont pas immédiatement la qualité d'employés parce qu'elles doivent d'abord faire un stage. Mais il y a des personnes qui, comme les remplaçants d'été dont il s'agit en espèce, en raison de la courte durée de leur travail, ne sont même pas considérées comme des employés éventuels. Cependant, les personnes travaillant à titre temporaire, si ce travail se poursuit pendant au moins six mois, auront droit au statut d'employés et jouiront rétroactivement des avantages prévus pour les employés dans la convention collective. Cela explique en partie cette disposition de l'alinéa 4.01a) sur laquelle le Syndicat s'appuie si fermement et qui contient le mot «personne», mais celui-ci se rapporte à «chaque employé ou personne visés par la présente convention collective». Les mots soulignés nous éclairent sur le sens du mot «personne» pris dans le contexte des clauses 29.01, 29.10 et 30.03.

It follows, in my view, from the terms of the Act and from their translation into the collective agreement that the word "person", in various articles of the collective agreement in which the word appears, refers to prospective employees and does not include those who, like the summer relief students in this case, do not and will not qualify as employees.

A mon avis, il ressort du texte de la Loi et de son incorporation dans la convention collective, que le mot «personne», qui figure dans différentes clauses de celle-ci, se rapporte aux employés éventuels et ne comprend pas les personnes qui, comme les étudiants qui en l'espèce ont assuré la suppléance pendant l'été, n'ont pas qualité d'employés et ne l'obtiendront pas.

The appeal must, accordingly, be dismissed with costs.

Le pourvoi doit donc être rejeté avec dépens.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

ESTEY J. (*dissenting*)—This appeal originated in *certiorari* proceedings brought in the Court of Appeal of the Province of New Brunswick by the appellant-Union to quash a decision of the Public Service Labour Relations Board of the Province of New Brunswick. The appellant had applied to that Board for an order requiring the respondent-employer to pay scheduled wage rates to students employed by the respondent and to deduct therefrom union dues all as provided in a collective

LE JUGE ESTEY (*dissident*)—Ce pourvoi tire son origine d'une demande de *certiorari* que le Syndicat appelant a déposé en Cour d'appel de la province du Nouveau-Brunswick afin d'obtenir la cassation d'une décision de la Commission des relations de travail dans les services publics de cette province. L'appelant avait demandé à la Commission une ordonnance qui aurait obligé l'employeur intimé, conformément à une convention collective conclue entre les parties sous le

agreement entered into between the parties pursuant to the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25.

The arbitrator concluded that the applicable provisions of the collective agreement and the statute dictated that the respondent-employer pay the students on the same scale as other workers (to use a neutral term) doing the same work, and to effect deductions of union dues or the equivalent from such pay in the same manner as in the case of employees within the bargaining unit. He decided, however, that he was bound by an earlier decision of the New Brunswick court involving the same parties, facts and collective agreement, and accordingly ruled that the employer was not obligated to pay such wages or to deduct union dues with respect to students.

There is no issue between the parties as to the appropriateness of the remedy of *certiorari* as herein sought by the appellant, and it is agreed by the parties that the hiring of students by the employer is not contrary to either the collective agreement or the statute, and that 'the students' are not 'employees' within the meaning of the collective agreement.

Whether the order of the Board may be quashed must be determined in two stages: first, does the collective agreement require the employer to pay the students on the pay scale prescribed in the collective agreement; and second, if the answer to the first question is yes, are the terms of the collective agreement in question authorized by the statute?

The two articles of the collective agreement are:

21.11 **Entitlement to Wages in Schedule "A"**—All persons hired to perform the duties of positions listed in Schedule "A" of this agreement shall be entitled to the wages in Schedule "A".

4.01 (a) The Employer shall deduct from the wages due to every employee or person covered by this Collective

régime de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, chap. P-25, à rémunérer les étudiants travaillant pour lui selon les tarifs prévus dans la convention et à déduire de cette rémunération des cotisations syndicales.

L'arbitre a conclu que, suivant les dispositions applicables de la convention collective et de la Loi, l'employeur intimé est tenu de rémunérer les étudiants selon la même échelle que celle qui s'applique à d'autres travailleurs (pour employer un terme neutre) qui font le même travail et de déduire de cette rémunération, de la même façon que dans le cas d'employés faisant partie de l'unité de négociation, des cotisations syndicales ou leur équivalent. S'estimant toutefois lié par une décision antérieure de la cour du Nouveau-Brunswick relativement aux mêmes parties, aux mêmes faits et à la même convention collective, il a décidé que l'employeur n'est pas obligé de rémunérer les étudiants selon cette échelle ni de déduire de leur rémunération des cotisations syndicales.

Les parties ne contestent pas le caractère approprié du redressement par voie de *certiorari* que l'appelant sollicite en l'espèce; elles conviennent en outre que l'embauchage d'étudiants par l'employeur n'enfreint ni la Loi ni la convention collective et que «les étudiants» ne sont pas des «employés» au sens de cette dernière.

Pour décider s'il y a lieu de casser l'ordonnance de la Commission, il faut procéder par deux étapes: on doit d'abord déterminer si la convention collective exige que l'employeur rémunère les étudiants selon l'échelle des salaires prévue dans la convention collective puis, dans l'affirmative, si la Loi autorise les conditions de cette convention.

Voici les deux clauses de la convention collective qui nous intéressent:

21.11 **Droit aux salaires fixés dans l'annexe «A»**—Toutes les personnes embauchées pour remplir les fonctions des postes énumérés à l'annexe «A» de la présente convention doivent avoir droit aux salaires fixés dans l'annexe «A».

4.01a) L'Employeur doit retenir sur le salaire revenant à chaque employé ou personne visés par la présente con-

Agreement an amount equal to the dues of the Union commencing with the month following the month which he was employed.

As both provisions refer to payments to "persons", art. 29.10 is relevant:

29.10 **Person**—In this Agreement is any person who has been hired to do the work of a nature normally performed by members of the bargaining unit and who has not obtained the status of employees as defined in 29.01 of this Article.

Because of the definition of "employee" it is clear that students are not included in that term:

29.01 **Employee**—In the Agreement "Employee' means a person in the bargaining unit other than:

. . .

(b) a person employed on a casual or temporary basis, unless he has been so employed for a continuous period of six months or more.

The collective agreement expresses itself as applying to the parties in these terms:

1.04 **Application of Agreement**—This Agreement applies to and is binding on the Union, the employees, the Employer and its Agents.

No mention is made of "person" in this provision.

The principal submission of the appellant-Union is that art. 21.11 and 4.01 are provisions essential in the agreement to promote the security of the bargaining unit and the employment of the employees therein comprised without fear of erosion by the engagement of persons on a casual basis. It is urged that but for such a defensive provision it would be open to the employer to seriously erode the unit by replacing the regular work force by students who could be paid wages below those imposed on the employer in the case of regular employees. The bargaining agent could likewise be financially weakened were it to be required to represent the interests of the employees comprised in the bargaining unit but without financial support by way of union dues collected from temporary workers doing the work of the bargaining unit.

vention collective un montant égal à la cotisation réglementaire du Syndicat à compter du mois qui suit le mois de son embauchage.

Comme ces deux dispositions visent des paiements à des «personnes», la clause 29.10 est pertinente:

29.10 **Personne**—Dans la présente convention désigne toute personne qui a été embauchée pour faire le travail d'un genre normalement accompli par des membres de l'unité de négociation et qui n'a pas obtenu le statut d'employé défini à la disposition 29.01 du présent article.

Il se dégage nettement de la définition du mot «employé» que celui-ci ne comprend pas les étudiants:

29.01 **Employé**—Dans la convention, «employé» désigne une personne de l'unité de négociation, hors:

. . .

b) une personne employée comme surnuméraire ou à titre temporaire, à moins d'avoir été ainsi employée pendant une période continue de six mois ou plus.

La convention collective énonce son application aux parties en les termes suivants:

1.04 **Application de la convention**—La présente convention s'applique, tout en les liant, au Syndicat, aux employés, à l'Employeur et à ses agents.

Cette disposition ne mentionne aucunement le mot «personne».

Suivant l'argument principal du Syndicat appelant, les clauses 21.11 et 4.01 de la convention sont essentielles pour favoriser la sécurité de l'unité de négociation et pour garantir les emplois des employés qui en font partie, sans que ces derniers aient à craindre que leur situation ne soit compromise par l'embauchage de surnuméraires. On fait valoir qu'à défaut de disposition protectrice de ce genre, l'employeur pourrait, en remplaçant l'effectif ordinaire par des étudiants rémunérés à un taux inférieur à celui qu'il est tenu de payer aux employés ordinaires, porter gravement atteinte à l'unité. De même, l'agent négociateur pourrait se voir affaibli au point de vue financier s'il devait représenter les intérêts des employés compris dans l'unité de négociation, mais sans l'appui financier provenant des cotisations syndicales prélevées auprès des employés temporaires qui font le même travail que les membres de l'unité de négociation.

The essence of this collective agreement as it relates to the engagement of students can be summarized as follows. Article 29.10, *supra*, defines a "person" as one who "has been hired to do the work of nature normally performed by members of the bargaining unit and who has not obtained the status of . . . " an employee. Obviously the definition contemplates an individual who is not an employee of the employer but who has some connection with the collective agreement. That connection must be at least two-fold: first, the individual must have been hired to do the work of a member of the bargaining unit; and second, the individual may not be included in the definition of employee. We can eliminate art. 30 relating to probation as an explanation of who this person may be who is not an employee because art. 30 in all its subdivisions describes the person hired on a probationary basis as an "employee". Indeed, art. 30.02(a) provides that the "employment of an employee may be terminated at any time during the probation period . . . ." Some guidance is given by art. 30.03 which provides that:

30.03 **Status Employee**—A person who has attained the status of employee as defined under Article 29 shall receive all rights and benefits under this agreement retroactive to date of employment. The parties agree that the status of the aforementioned employee shall be equivalent to the status of employees covered by the foregoing Article 30.01(b).

Since a worker who has been hired on a probationary basis is an "employee", the only "person" who may attain the status of employee as defined under art. 29 is a worker who is employed "on a casual or temporary basis" for a continuous period of six months or more. Such a worker ceases to be a "person", as that term is defined in art. 29.10, upon attaining the status of employee as defined in art. 29.01. Upon ceasing to be a "person" and becoming an employee, the worker is granted all rights and benefits under the agreement retroactive to the date of employment. This would not, of course, affect any rights or benefits under the agreement to which a "person" who has not become an employee was entitled. It merely supplements the rights and benefits to which a worker who ceases to be a "person" and becomes an employee is entitled in his status as an employee.

Voici un résumé des dispositions essentielles de la convention collective relatives à l'embauchage d'étudiants. Aux termes de la clause 29.10, précitée, est une «personne» celui qui a été «embauché . . . pour faire le travail d'un genre normalement accompli par des membres de l'unité de négociation et qui n'a pas obtenu le statut d'employé». La définition vise évidemment un individu qui n'est pas un employé, mais qui a un lien quelconque avec la convention collective. Ce lien doit exister à au moins deux égards: premièrement, l'individu doit avoir été embauché pour accomplir le travail d'un membre de l'unité de négociation et, deuxièmement, il ne doit pas être visé par la définition du mot «employé». L'article 30 relatif au stage ne répond pas à la question de savoir qui est cette personne qui n'est pas un employé, car dans toutes ses clauses il qualifie le stagiaire d'«employé»; nous pouvons donc en faire abstraction. En fait, l'alinéa 30.02a) prévoit qu'un «employé peut être renvoyé durant la période de stage . . . » La clause 30.03 nous est cependant d'un certain secours. En voici le texte:

30.03 **Statut d'employé**—Une personne qui a atteint le statut d'employé tel que défini dans l'article 29 doit bénéficier de tous les droits et avantages prévus dans la présente convention, avec effet rétroactif à la date de l'emploi. Les parties conviennent que le statut de l'employé susmentionné doit être équivalent à celui des employés visés par la disposition 30.01b) ci-dessus.

Puisque le stagiaire est un «employé», seule peut obtenir le statut d'employé au sens de l'article 29 la «personne» qui est employée «comme surnuméraire ou à titre temporaire» pendant une période continue de six mois ou plus. Ce travailleur cesse d'être une «personne» au sens de la clause 29.10 dès qu'il obtient le statut d'employé au sens de la clause 29.01. Du moment qu'il cesse d'être une «personne» et qu'il devient un employé, le travailleur se voit conférer tous les droits et avantages prévus dans la convention, avec effet rétroactif à la date d'entrée en fonction. Cela n'a, bien sûr, aucune incidence sur les droits ou avantages revenant, en vertu de la convention, à une «personne» qui n'est pas devenue un employé. Il s'agit simplement d'un complément aux droits et avantages d'un travailleur qui cesse d'être une «personne» et obtient le statut d'employé.

That takes one to art. 21.11, *supra*, which says in part: "All persons hired to perform the duties of positions listed in Schedule "A" . . . " which relate to the positions of employees performing the work of the bargaining unit. Therefore, it is clear that whoever the individuals are who fall into the definition of "persons" they are entitled to payment of wages on the same scale as employees. Article 21.11 cannot refer to employees because their wage rates are prescribed in 21.01 and therefore the individuals mentioned in 21.11 are those defined in 29.10. Thus by the process of elimination, only those persons described in art. 4.01(a), *supra*, can be those falling into the definition of persons who are not disqualified therefrom by reason of being employees. This is so because 4.01(a) relates to both and provides: "The Employer shall deduct from the wages due to every employee or person . . . ." Thus both classes of individuals are referred to in art. 4. The article then goes on to qualify these persons as being "covered by this Collective Agreement". It is true that such an expression may be found in general commercial contracts, and carries there a connotation of being bound by the agreement. But bearing in mind that this collective agreement relates to persons who are not signatories and who have no agent who is a signatory, it is natural to infuse into the expression "covered by this Collective Agreement" a broader meaning than that assigned to traditional contracts.

This line of reasoning is supported by art. 1.04 of the agreement, *supra* which states that the agreement "applies to and is binding on the Union, the employees, the Employer . . . ." In that provision the parties to the agreement have expressed themselves in the traditional words employed in the law of contracts. The parties are designated and are said to be bound by the agreement. Article 4.01(a) on the other hand expressly avoids the use of this terminology and adopts the broader expression "covered by this Collective Agreement".

Cela nous amène à la clause 21.11, précitée, qui porte notamment: «Toutes les personnes embauchées pour remplir les fonctions des postes énumérés à l'annexe «A» . . . », ce qui se rapporte aux postes occupés par des employés qui font un travail du type accompli par les membres de l'unité de négociation. Il est donc évident que quiconque est visé par la définition du mot «personne» a droit à une rémunération selon la même échelle que celle applicable aux employés. La clause 21.11 ne peut se rapporter aux employés parce que c'est la clause 21.01 qui fixe leurs taux de rémunération, et il s'ensuit donc que les individus mentionnés à la clause 21.11 sont ceux que définit la clause 29.10. Ainsi, si l'on procède par élimination, seules peuvent tomber dans la définition du mot «personne» les personnes qui sont visées par l'alinéa 4.01a), précité, et qui n'en sont pas exclues du fait qu'elles sont des employés. La raison à cela est que l'alinéa 4.01a) se rapporte aux deux à la fois: «L'Employeur doit retenir sur le salaire revenant à chaque employé ou personne . . . » L'article 4 vise donc les deux catégories d'individus et porte en outre que ces personnes sont «visé[e]s par la présente convention collective». Il est vrai qu'une expression semblable peut se trouver dans les contrats commerciaux généraux et que dans ce contexte elle connote le fait d'être lié par la convention. Mais si on se rappelle qu'il s'agit en l'espèce d'une convention collective qui se rapporte à des personnes qui n'en sont pas signataires et qui n'ont pas de représentant qui en est signataire, il est naturel d'attribuer à l'expression «visés par la présente convention collective» un sens plus large qu'elle ne recevrait dans un contrat ordinaire.

Ce raisonnement est appuyé par la clause 1.04 de la convention, précitée, suivant laquelle celle-ci «s'applique, tout en les liant, au Syndicat, aux employés, à l'Employeur . . . » Dans cette disposition les parties à la convention emploient les mots traditionnels consacrés dans le droit des contrats. La clause en question nomme les parties et dit qu'elles sont liées par la convention. L'alinéa 4.01a), par contre, évite expressément l'emploi de cette terminologie, adoptant plutôt l'expression de portée plus large «visés par la présente convention collective».

From these rather unusual provisions I conclude that the proper interpretation of the agreement read as a whole is that it contemplates the engagement by the employer of students on a casual basis and who are not employees until their attachment to the work force exceeds the limits prescribed in art. 29.01. During this period while they are within the definition of "person" and are not "employees", the students have entitlements which are reflected rights in the sense that they are subject to enforcement by the bargaining agent who has the contractual right to call upon the employer to perform the agreement wherever the bargaining agent in its determination wishes a clause of the contract enforced against the employer. Here it is in the interests of the bargaining agent to do so for the obvious reason that the aforementioned articles of the collective agreement, when read as a group, formulate a protective screen around the bargaining unit and the employees therein comprised.

The mode of enforcement is, of course, that of grievance and arbitration as prescribed by the agreement. We are not here concerned about the common law rules of third party entitlement and third party status of enforcement, but only with the rights of the parties to the agreement to assert that agreement as against other parties to it.

We turn then to the statute to determine whether or not these clauses are within the terms of the statute in the sense that the Treasurer of the Province of New Brunswick may enter into an agreement which embodies them. The only sections of the statute which might be said to strip the Treasury Board of any such capacity are the following:

**61** The Treasury Board may, in such manner as may be provided for by any rules or procedures determined by it pursuant to section 62 of the *Financial Administration Act*, enter into a collective agreement with the bargaining agent for a bargaining unit, other than a bargaining unit comprised of employees of a separate employer, applicable to employees in that bargaining unit.

. . .

De ces dispositions plutôt inhabituelles je tire la conclusion que la bonne interprétation de la convention dans son ensemble est qu'elle envisage l'embauchage par l'employeur d'étudiants pour accomplir un travail à titre occasionnel et que ceux-ci ne deviennent des employés que si la durée de leur emploi dépasse les limites fixées par la clause 29.01. Pendant cette période où ils sont des «personnes» au sens de la définition et non pas des «employés», les étudiants ont des droits qui sont garantis par la convention collective en ce sens que l'agent négociateur peut les faire respecter, ce dernier ayant le droit contractuel d'exiger, chaque fois qu'il le souhaite, que l'employeur exécute une clause de cette convention. En l'espèce l'agent négociateur a tout intérêt à le faire pour la raison évidente que les clauses susmentionnées de la convention collective, lues ensemble, constituent une protection pour l'unité de négociation et pour les employés qui en font partie.

Le mode d'application consiste, évidemment, en la procédure de règlement des griefs et en l'arbitrage prévus par la convention. Nous ne nous préoccupons pas en l'espèce des règles de la *common law* relatives aux droits d'un tiers et aux procédures engagées par un tiers pour assurer le respect de la convention; nous nous intéressons seulement au droit d'une partie à cette convention de l'invoquer à l'encontre d'une autre partie à la même convention.

Passons maintenant à un examen de la Loi pour déterminer si les clauses qui nous intéressent en relèvent en ce sens que le trésorier de la province du Nouveau-Brunswick peut signer une convention dans laquelle elles sont enchâssées. Les seules dispositions de la Loi dont on peut dire qu'elles enlèvent ce pouvoir au Conseil du Trésor sont les suivantes:

**61** Le conseil du Trésor peut, dans les conditions prévues par les règles ou procédures qu'il a fixées conformément à l'article 62 de la *Loi sur l'administration financière*, conclure avec l'agent négociateur d'une unité de négociation, autre qu'une unité de négociation formée d'employés d'un employeur distinct, une convention collective applicable aux employés de cette unité de négociation.

. . .

1 . . .

"collective agreement" means an agreement in writing entered into under this Act between the employer on the one hand, and a bargaining agent on the other hand, containing provisions respecting terms and conditions of employment and related matters;

. . .

**65** A collective agreement is, subject to and for the purposes of this Act, binding on the employer, on the bargaining agent that is a party thereto and its constituent elements, and on the employees in the bargaining unit in respect of which the bargaining agent has been certified, effective on and from the day on and from which it has effect pursuant to subsection 64(1).

The attention of the Court was not drawn to any authorities construing the meaning of the words used in the definition of collective agreement. Given their ordinary application, the words "containing provisions respecting terms and conditions of employment and related matters" did clearly, in my view, import the right to adopt a collective agreement which contains terms protecting the security of the work of employees engaged in the bargaining unit. Section 61 in the same way would, in my view, clearly support a collective agreement which contains terms for the benefit of employees "in that bargaining unit" in the sense that those terms protect the continuity and value of the work to be performed by the employees under the collective agreement. Section 65 is similar to art. 1.04 of the collective agreement, and confirms that the agreement reached between the employer and the bargaining agent under which the employer agreed that the students were entitled to wages at the scheduled rate, is binding on the employer and enforceable by the bargaining agent.

There remains only to be mentioned the deduction of union dues or the equivalent from the moneys paid to the students on the scale prescribed in Schedule "A". If there indeed be in law an obligation on the employer to pay contract-scale wages to the students pursuant to art. 21.11, *supra*, and if there be an obligation in the employer owed to the bargaining agent to make deduction therefrom of the equivalent to union dues pursuant to art. 4.01(a), *supra*, then there

1 . . .

«convention collective» désigne une convention écrite conclue en application de la présente loi entre l'employeur d'une part, et un agent négociateur d'autre part, et contenant des stipulations relatives aux modalités et conditions d'emploi et matières connexes;

. . .

**65** Sous réserve de la présente loi et à ses fins, une convention collective lie l'employeur, l'agent négociateur qui y est partie ainsi que les associations qui sont des éléments constitutifs de cet agent négociateur, et les employés de l'unité de négociation pour laquelle l'agent négociateur a été accrédité, à compter du jour où elle prend effet conformément au paragraphe 64(1).

On n'a attiré l'attention de la Cour sur aucune décision interprétant le sens du langage employé dans la définition de l'expression «convention collective». Si on donne aux mots «contenant des stipulations relatives aux modalités et conditions d'emploi et matières connexes» leur sens ordinaire, ils signifient incontestablement, selon moi, le droit de conclure une convention collective qui contient des stipulations destinées à protéger la sécurité d'emploi des employés faisant partie de l'unité de négociation. De même, j'estime que l'art. 61 appuie manifestement une convention collective comprenant des dispositions qui profitent aux employés «de cette unité de négociation» en ce sens qu'elles protègent la continuité et la valeur du travail à accomplir par les employés visés par la convention collective. L'article 65, qui est semblable à la clause 1.04 de la convention collective, confirme que la convention intervenue entre l'employeur et l'agent négociateur dans laquelle l'employeur reconnaît aux étudiants le droit à une rémunération au taux qui y est prévu, lie l'employeur et que l'agent négociateur peut en exiger l'application.

Il ne reste qu'à mentionner le précompte des cotisations syndicales ou de leur équivalent sur la rémunération versée aux étudiants suivant l'échelle établie à l'annexe «A». S'il existe effectivement en droit une obligation de la part de l'employeur, conformément à la clause 21.11, précitée, de rémunérer les étudiants selon l'échelle prévue dans la convention collective, et si l'employeur est, en vertu de l'alinéa 4.01a), précité, tenu envers l'agent négociateur de retenir sur les salaires ainsi

remains to be determined the right in the employer, in the discharge of his obligation, so to do. Again there is no question of enforceability by and entitlement in third parties standing in law outside the agreement. If the employer does in law have the obligation to effect this deduction and remittance to the bargaining agent, then it is the burden of the employer to so arrange his engagement of the students to include in that arrangement the performance by the employer to the bargaining agent of the obligations under the aforementioned articles in the collective agreement. Certainly the terminology in 4.01(a), "an amount equal to the dues of the Union", embraces the idea that the employer is not actually deducting union dues for there are no dues payable by the students to the Union. Rather the section by its terminology contemplates the deduction of the equivalent and the transmission of the equivalent to the bargaining agent. It may be that the employer, if commercial circumstances dictate, could perform this obligation without taking the step of effecting deductions from the students' wages but rather by making the payment from his own resources in equivalent amount to the bargaining agent. In any case, we are not faced in either the terms of the collective agreement or the practicalities revealed on the record with any such problem. Nor are we faced with the difficulty the employer might encounter in making these arrangements with the students or in proceeding without making such arrangements. In any case, it is to be noted that art. 4.05 of the collective agreement provides:

> 4.05 ... The Union agrees to indemnify and save the Employer harmless from any liability or action arising out of the operation of this Article.

I conclude, therefore, that this agreement creates rights relating to the performance of work under the collective agreement by students which are enforceable by the bargaining agents; and that the collective agreement when so construed is in law authorized by the *Public Service Labour Relations Act*, *supra*.

I therefore would allow the appeal, set aside the award of the Board of Arbitration and refer the matter to that Board for disposal in accordance

payés l'équivalent des cotisations syndicales, il ne reste alors qu'à déterminer si l'employeur, en s'acquittant de son obligation, a le droit d'effectuer cette retenue. Je réitère qu'il ne s'agit nullement de faire respecter la convention par un tiers; il n'est pas question non plus des droits d'un tiers. Si l'employeur est tenu en droit d'effectuer ce précompte et d'en remettre le montant à l'agent négociateur, il incombe alors à l'employeur de prendre des arrangements en ce sens quand il embauche des étudiants, de manière à s'acquitter des obligations envers l'agent négociateur que lui imposent les clauses susmentionnées de la convention collective. Certes, le langage de l'alinéa 4.01a), «un montant égal à la cotisation réglementaire du Syndicat», renferme l'idée que l'employeur ne retient pas des cotisations syndicales comme telles, car les étudiants n'ont pas à payer des cotisations au Syndicat. Cet alinéa envisage plutôt le précompte d'un montant équivalent qui doit être remis à l'agent négociateur. Il est possible que l'employeur, si la situation financière l'exige, puisse s'acquitter de cette obligation sans effectuer de retenues sur les salaires des étudiants, payant plutôt à l'agent négociateur à même ses propres ressources un montant équivalent. Quoi qu'il en soit, ni la convention collective ni le dossier ne soulèvent ce problème. Nous n'avons pas non plus à tenir compte des difficultés que l'employeur pourra éprouver en prenant ces arrangements avec les étudiants ou en procédant d'une autre manière. Il est toutefois à noter que la clause 4.05 de la convention collective dispose:

> 4.05 ... Le Syndicat consent à dédommager l'Employeur et à le protéger contre toute obligation ou action découlant de la mise à exécution du présent article.

Je conclus donc que cette convention crée des droits relatifs à l'exécution par des étudiants d'un travail qui en relève et que les agents négociateurs peuvent assurer le respect de ces droits; je conclus en outre qu'ainsi interprétée, la convention collective est autorisée par la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, précitée.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer la sentence du Conseil d'arbitrage et de lui renvoyer l'affaire pour qu'il la

with the terms hereof; all with costs to the appellant.

*Appeal dismissed with costs*, ESTEY J. *dissenting.*

*Solicitors for the appellants: Byrne & Brown, St. John.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General for the Province of New Brunswick, Fredericton, per Richard C. Speight.*

tranche d'une manière conforme aux présents motifs; l'appelant aura droit à ses dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens, le juge* ESTEY *est dissident.*

*Procureurs des appelants: Byrne & Brown, Saint-Jean.*

*Procureur de l'intimée: Procureur général de la province du Nouveau-Brunswick, Fredericton, représenté par Richard C. Speight.*

**Leon Maurice Arnow** *Appellant*;

and

**The Minister of Employment and Immigration** *Respondent.*

File No.: 16803.

1982: November 16.

Present: Laskin C.J. and Dickson, Estey, McIntyre and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Immigration — Inquiry — Inadmissible person — Foreign convictions — Evidence — Photocopy of foreign court judgment — Deportation order — Whether documents establishing foreign criminal convictions in conformity with s. 23(1) of the Canada Evidence Act — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 23(1) — Immigration Act, 1976, 1976-77 (Can.), c. 52, s. 30(2).*

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal dismissing appellant's appeal from the adjudicator's decision ordering appellant's deportation. Appeal dismissed.

*Ian A. Blue* and *Armand Conant*, for the appellant.

*David Sgayias*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We do not need to hear you Mr. Sgayias. We are all of the opinion that s. 23(1) of the *Canada Evidence Act*, even if not qualified by s. 30(2) of the *Immigration Act, 1976*, is satisfied by the record produced in this case against the appellant. We do not find that the adjudicator proceeded without evidence, and he had a broad discretion to determine what credibility and trustworthiness should be attached to the evidence adduced before him.

The appeal is, accordingly, dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Cassels, Brock, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.*

**Leon Maurice Arnow** *Appelant*;

et

**Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration** *Intimé.*

N° du greffe: 16803.

1982: 16 novembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Dickson, Estey, McIntyre et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Immigration — Enquête — Personne non admissible — Condamnations à l'étranger — Preuve — Photocopie d'un jugement d'une cour d'un pays étranger — Ordonnance d'expulsion — Les documents qui établissent les condamnations criminelles à l'étranger sont-ils conformes au par. 23(1) de la Loi sur la preuve au Canada? — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 23(1) — Loi sur l'immigration de 1976, 1976-77 (Can.), chap. 52, art. 30(2).*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a rejeté l'appel formé par l'appelant à l'encontre de la décision de l'arbitre ordonnant l'expulsion de l'appelant. Pourvoi rejeté.

*Ian A. Blue* et *Armand Conant*, pour l'appelant.

*David Sgayias*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Il n'est pas nécessaire de vous entendre M^e^ Sgayias. Nous sommes tous d'avis que la pièce produite en l'espèce contre l'appelant est conforme aux dispositions du par. 23(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, même si ces dispositions ne sont pas limitées par le par. 30(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976*. Nous concluons que l'arbitre n'a pas agi sans preuve et qu'il avait toute la latitude voulue pour décider dans quelle mesure il considérerait digne de foi la preuve qui lui a été soumise.

Le présent pourvoi est donc rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant: Cassels, Brock, Toronto.*

*Procureur de l'intimé: R. Tassé, Ottawa.*

**Jacques Vachon** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen in right of Canada, as represented by the Deputy Minister of the Department of National Health and Welfare** *Respondent.*

File No.: 16890.

1982: November 17.

Present: Ritchie, Beetz, Estey, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Labour law — Public service — Dismissal during extension of probationary period — Extension of probationary period null and void — Adjudicator finding dismissal justified for breach of discipline — Whether adjudicator's decision was made within jurisdiction — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 28(3) — Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35, s. 91(1)(b) — Public Service Employment Regulations, SOR/67-129, s. 30(2).*

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1981), 129 D.L.R. (3d) 461, 39 N.R. 541, dismissing appellant's appeal from a judgment of Cattanach J., [1980] 1 F.C. 212. Appeal dismissed.

*John D. Richard, Q.C.*, and *Lynn H. Harnden*, for the appellant.

*E. R. Sojonky*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

RITCHIE J.—We are all in substantial agreement with the reasons for judgment delivered by Mr. Justice Le Dain on behalf of the Federal Court of Appeal. This appeal is accordingly dismissed.

There will be no order as to costs.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Gowling & Henderson, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.*

**Jacques Vachon** *Appelant*;

et

**Sa Majesté La Reine du chef du Canada, représentée par le sous-ministre de la Santé nationale et du Bien-être social** *Intimée.*

N° du greffe: 16890.

1982: 17 novembre.

Présents: Les juges Ritchie, Beetz, Estey, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit du travail — Fonction publique — Renvoi au cours de la prolongation de stage — Prolongation de stage nulle et non avenue — L'arbitre a conclu que le congédiement était justifié pour cause de manquement à la discipline — La décision de l'arbitre a-t-elle été rendue dans le cadre de sa compétence? — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 28(3) — Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-35, art. 91(1)b) — Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique, DORS/67-129, art. 30(2).*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1981), 129 D.L.R. (3d) 461, 39 N.R. 541, qui a rejeté l'appel de l'appelant à l'encontre d'un jugement du juge Cattanach, [1980] 1 C.F. 212. Pourvoi rejeté.

*John D. Richard, c.r.*, et *Lynn H. Harnden*, pour l'appelant.

*E. R. Sojonky*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE RITCHIE—Nous souscrivons tous essentiellement aux motifs énoncés par le juge Le Dain au nom de la Cour d'appel fédérale. Le présent pourvoi est donc rejeté.

Il n'y aura aucune adjudication de dépens.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant: Gowling & Henderson, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée: R. Tassé, Ottawa.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*;

and

**Bertram Gerard MacDougall** *Respondent.*

File No.: 16617.

1982: February 18; 1982: November 23.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

*Trial — Defences — Mistake — Charge of driving without a licence — Licence revoked for criminal driving offence but reinstated pending appeal — Respondent knew appeal dismissed but not officially notified of revocation following appeal — Absence of mens rea — Whether or not charge one of strict liability so importing defence of mistake of fact — Whether or not effect to be given to defence of "officially induced error" — Motor Vehicle Act, R.S.N.S. 1967, c. 191, ss. 250, 258(2).*

Respondent's driving privileges, cancelled following his conviction for a driving related criminal offence, were reinstated during the appeal process and finally revoked on the appeal's dismissal. Although aware of the disposition of the appeal, respondent had not yet received the Order of Revocation of License when he was stopped by police and asked to present his licence. A summary offence ticket was later issued to respondent charging him with driving while his licence was cancelled. This appeal related to that charge. The trial judge's decision to dismiss it was upheld on appeal by both the County Court and the Court of Appeal.

*Held*: The appeal should be allowed.

The offence created by s. 258(2) of the *Motor Vehicle Act* was one of strict liability and a defence was available to the accused if he "reasonably believed in a mistaken set of facts which, if true, would render" his act of continuing to drive without a licence, an innocent one. Respondent's mistake, however, because of s. 250(3) of the Act, was one of law in relation to his right to drive after his appeal had been dismissed. The effect

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*;

et

**Bertram Gerard MacDougall** *Intimé.*

N° du greffe: 16617.

1982: 18 février; 1982: 23 novembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Procès — Moyens de défense — Erreur — Accusation d'avoir conduit un véhicule automobile sans permis — Permis révoqué par suite d'une infraction criminelle relative à la conduite d'un véhicule automobile et rétabli en attendant l'issue de l'appel — L'intimé savait que l'appel avait été rejeté, mais n'a pas reçu d'avis officiel de révocation après la décision rendue en appel — Absence de mens rea — S'agit-il d'une accusation de responsabilité stricte de sorte qu'il y a lieu d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'erreur de fait? — Y a-t-il lieu de retenir le moyen de défense d'«erreur provoquée par un fonctionnaire»? — Motor Vehicle Act, R.S.N.S. 1967, chap. 191, art. 250, 258(2).*

Les droits de conducteur de l'intimé, révoqués après qu'il a été reconnu coupable d'avoir commis une infraction criminelle relative à la conduite d'un véhicule automobile et rétablis au cours des procédures d'appel, ont été révoqués de façon définitive par suite du rejet de l'appel. Bien qu'il fût au courant de la décision rendue en appel, au moment où la police l'a arrêté et lui a demandé de produire son permis de conduire l'intimé n'avait pas encore reçu l'ordonnance de retrait du permis. Ultérieurement, on a délivré à l'intimé une sommation l'accusant d'avoir commis l'infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité qui consiste à conduire un véhicule automobile alors que son permis de conduire est révoqué. Le pourvoi se rapporte à cette accusation qui a été rejetée par le juge du procès, décision que la Cour de comté et la Cour d'appel ont confirmée en appel.

*Arrêt*: Le pourvoi est accueilli.

L'infraction que crée le par. 258(2) de la *Motor Vehicle Act* est une infraction de responsabilité stricte et l'accusé bénéficie d'un moyen de défense s'il «croyait pour des motifs raisonnables à un état de faits inexistant qui, s'il avait existé, aurait rendu» innocent son acte qui consistait à continuer à conduire sans permis. Toutefois, l'erreur commise par l'intimé est une erreur de droit en ce qui concerne son droit, vu le par. 250(3) de la Loi, de

of s. 19 of the *Criminal Code*, which provides that ignorance of the law by a person who commits an offence is not an excuse for committing that offence, is that a mistake of law does not afford respondent a defence. As the accused was not misled by an error on the part of the Registrar of Motor Vehicles, it was unnecessary to consider a defence of justification arising in the situation of a mistake of law occasioned by "officially induced error".

*R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, considered; *R. v. Prue, R. v. Baril*, [1979] 2 S.C.R. 547, referred to.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1981), 60 C.C.C. (2d) 137, 46 N.S.R. (2d) 47, 89 A.P.R. 47, dismissing an appeal from a judgment of Sullivan C.C.J. affirming a judgment of Campbell P.C.J. dismissing the charge against respondent. Appeal allowed.

*Kenneth Fiske* and *Dana Giovannetti*, for the appellant.

*Hugh MacIsaac* and *Harold A. MacIsaac*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal brought by leave of this Court from a judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia (Jones J. dissenting) dismissing an appeal from a judgment of His Honour Judge Alan E. Sullivan affirming the judgment rendered at trial by Judge S.D. Campbell by which that judge dismissed the charge laid against the respondent for driving his motor vehicle while his licence was cancelled, contrary to s. 258(2) of the *Motor Vehicle Act*, R.S.N.S. 1967, c. 191, which reads as follows:

**258.** . . .

(2) A person shall not drive a motor vehicle while his license or privilege of obtaining a license is cancelled or suspended under this Act.

continuer à conduire après le rejet de son appel. Il résulte de l'art. 19 du *Code criminel*, qui dispose que l'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de cette infraction, que l'intimé ne peut invoquer l'erreur de droit comme moyen de défense. Puisque l'accusé n'a pas été induit en erreur par le registraire des véhicules à moteur, point n'est besoin de tenir compte de la défense de justification qui pourrait être invoquée dans le cas où il y aurait une erreur de droit «provoquée par un fonctionnaire».

Jurisprudence: arrêt examiné: *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; arrêt mentionné: *R. c. Prue, R. c. Baril*, [1979] 2 R.C.S. 547.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1981), 60 C.C.C. (2d) 137, 46 N.S.R. (2d) 47, 89 A.P.R. 47, qui a rejeté un appel contre le jugement du juge Sullivan de la Cour de comté confirmant le jugement par lequel le juge Campbell de la Cour provinciale avait rejeté l'accusation portée contre l'intimé. Pourvoi accueilli.

*Kenneth Fiske* et *Dana Giovannetti*, pour l'appelante.

*Hugh MacIsaac* et *Harold A. MacIsaac*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE RITCHIE—Ce pourvoi, formé sur autorisation de cette Cour, attaque un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (le juge Jones étant dissident). Cet arrêt a rejeté un appel contre un jugement du juge Alan E. Sullivan qui confirmait le jugement rendu au procès par lequel le juge S. D. Campbell a rejeté l'accusation portée contre l'intimé d'avoir, contrairement au par. 258(2) de la *Motor Vehicle Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 191, conduit son véhicule à moteur alors que son permis de conduire était révoqué. Le paragraphe 258(2) est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] **258.** . . .

(2) Nul ne doit conduire un véhicule à moteur lorsque son permis ou son droit d'obtenir un permis a été révoqué ou suspendu en vertu de la présente loi.

Leave to appeal to this Court was sought on the following questions of law, namely:

1. That the majority of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia erred in law in giving effect to the defence of officially induced error;
2. That the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia erred in law in holding that an offence under ss. (2) of s. 258 of the Motor Vehicle Act, R.S.N.S. 1967, c. 191 as amended is an offence of strict liability rather than an offence of absolute liability.

It will be more convenient in my view to first consider the second of these grounds as it is essential before proceeding with any consideration of the issues raised by this appeal to be satisfied as to the nature of the offence with which the respondent is charged.

Three classes of statutory offences have been recognized in the reasons for judgment of my brother Dickson in *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, at pp. 1325-26 where he said:

I conclude, for the reasons which I have sought to express, that there are compelling grounds for the recognition of three categories of offences rather than the traditional two:

1. Offences in which *mens rea*, consisting of some positive state of mind such as intent, knowledge, or recklessness, must be proved by the prosecution either as an inference from the nature of the act committed, or by additional evidence.

2. Offences in which there is no necessity for the prosecution to prove the existence of *mens rea*; the doing of the prohibited act *prima facie* imports the offence, leaving it open to the accused to avoid liability by proving that he took all reasonable care. This involves consideration of what a reasonable man would have done in the circumstances. The defence will be available if the accused reasonably believed in a mistaken set of facts which, if true, would render the act or omission innocent, or if he took all reasonable steps to avoid the particular event. These offences may properly be called offences of strict liability. Mr. Justice Estey so referred to them in *Hickey's* case.

Dans la demande d'autorisation de se pourvoir devant cette Cour, on a soulevé les questions de droit suivantes:

1. La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a commis une erreur de droit en retenant à la majorité le moyen de défense d'erreur provoquée par un fonctionnaire;
2. La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a commis une erreur de droit en concluant qu'une infraction au par. 258(2) de la Motor Vehicle Act, R.S.N.S. 1967, chap. 191, et modifications, constitue une infraction de responsabilité stricte plutôt que de responsabilité absolue.

J'estime préférable d'examiner d'abord le second de ces moyens, car, avant de passer à l'étude des questions soulevées en l'espèce, il est indispensable d'établir la nature de l'infraction imputée à l'intimé.

Dans l'arrêt *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, mon collègue le juge Dickson reconnaît trois catégories d'infractions prévues par la loi, disant ce qui suit aux pp. 1325 et 1326 de ses motifs de jugement:

Je conclus, pour les motifs que j'ai indiqués, qu'il y a des raisons impératives pour reconnaître trois catégories d'infractions plutôt que les deux catégories traditionnelles:

1. Les infractions dans lesquelles la *mens rea*, qui consiste en l'existence réelle d'un état d'esprit, comme l'intention, la connaissance, l'insouciance, doit être prouvée par la poursuite soit qu'on puisse conclure à son existence vu la nature de l'acte commis, soit par preuve spécifique.

2. Les infractions dans lesquelles il n'est pas nécessaire que la poursuite prouve l'existence de la *mens rea*; l'accomplissement de l'acte comporte une présomption d'infraction, laissant à l'accusé la possibilité d'écarter sa responsabilité en prouvant qu'il a pris toutes les précautions nécessaires. Ceci comporte l'examen de ce qu'une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances. La défense sera recevable si l'accusé croyait pour des motifs raisonnables à un état de faits inexistant qui, s'il avait existé, aurait rendu l'acte ou l'omission innocent, ou si l'accusé a pris toutes les précautions raisonnables pour éviter l'événement en question. Ces infractions peuvent être à juste titre

3. Offences of absolute liability where it is not open to the accused to exculpate himself by showing that he was free of fault.

[The underlining is mine.]

In the same case, Mr. Justice Dickson went on to say:

Offences which are criminal in the true sense fall in the first category. Public welfare offences would *prima facie* be in the second category. They are not subject to the presumption of full *mens rea*. An offence of this type would fall in the first category only if such words as "wilfully," "with intent," "knowingly," or "intentionally" are contained in the statutory provision creating the offence. On the other hand, the principle that punishment should in general not be inflicted on those without fault applies. Offences of absolute liability would be those in respect of which the Legislature had made it clear that guilt would follow proof merely of the proscribed act. The overall regulatory pattern adopted by the Legislature, the subject matter of the legislation, the importance of the penalty, and the precision of the language used will be primary considerations in determining whether the offence falls into the third category.

I am in agreement with all of the judges in the courts below, including the dissenting judge in the Court of Appeal, in finding that as the offence here charged is one concerning the public welfare it was properly characterized as "an offence of strict liability" within the meaning of the classification stipulated by Mr. Justice Dickson (*supra*) and that a defence is accordingly available to the accused if he "reasonably believed in a mistaken set of facts which, if true, would render" his act in continuing to drive his motor vehicle without a licence, an innocent one.

The circumstances giving rise to this appeal are not seriously in dispute and can be summarized in their essentials as follows:

On March 6, 1979 the respondent was convicted of "fail duty at scene of accident contrary to section 233-2 of the Criminal Code," as a result of which an order of revocation of his licence to drive

appelées des infractions de responsabilité stricte. C'est ainsi que le juge Estey les a appelées dans l'affaire *Hickey*.

3. Les infractions de responsabilité absolue où il n'est pas loisible à l'accusé de se disculper en démontrant qu'il n'a commis aucune faute.

[C'est moi qui souligne.]

Dans le même arrêt, le juge Dickson ajoute:

Les infractions criminelles dans le vrai sens du mot tombent dans la première catégorie. Les infractions contre le bien-être public appartiennent généralement à la deuxième catégorie. Elles ne sont pas assujetties à la présomption de *mens rea* proprement dite. Une infraction de ce genre tombera dans la première catégorie dans le seul cas où l'on trouve des termes tels que «volontairement», «avec l'intention de», «sciemment» ou «intentionnellement» dans la disposition créant l'infraction. En revanche, le principe selon lequel une peine ne doit pas être infligée à ceux qui n'ont commis aucune faute est applicable. Les infractions de responsabilité absolue seront celles pour lesquelles le législateur indique clairement que la culpabilité suit la simple preuve de l'accomplissement de l'acte prohibé. L'économie générale de la réglementation adoptée par le législateur, l'objet de la législation, la gravité de la peine et la précision des termes utilisés sont essentiels pour déterminer si l'infraction tombe dans la troisième catégorie.

D'accord avec tous les juges des cours d'instance inférieure, y compris le juge dissident en Cour d'appel, je conclus qu'il s'agit en l'espèce d'une infraction contre le bien-être public qui peut donc à juste titre être appelée «une infraction de responsabilité stricte» au sens de la catégorie établie par le juge Dickson (précité) et que l'accusé bénéficie en conséquence d'un moyen de défense s'il «croyait pour des motifs raisonnables à un état de faits inexistant qui, s'il avait existé, aurait rendu» innocent son acte qui consistait à continuer à conduire son véhicule à moteur sans permis de conduire.

Les circonstances à l'origine de ce pourvoi, qu'on ne conteste pas sérieusement, sont en substance les suivantes.

Le 6 mars 1979 l'intimé a été déclaré coupable d'avoir [TRADUCTION] «commis le délit de fuite contrairement au par. 233(2) du Code criminel», en conséquence de quoi le registraire des véhicules

was sent to him on April 10, 1979 by the Registrar of Motor Vehicles of the Province of Nova Scotia in conformity with the provisions of s. 250(1) of the *Motor Vehicle Act*. In due course the respondent appealed his conviction and on May 1, 1979 a notice of re-instatement of his driving privileges as of that date was sent to him. On December 21, 1979 a written decision was filed with the Clerk of the County Court dismissing the appeal and, of particular importance in this case, some time in January 1980, the respondent's solicitor advised him of the fact that his appeal had been dismissed.

It was not until January 25, 1980, at about 9 a.m., that the respondent was stopped by the R.C.M.P. while driving to work in his motor vehicle at which time his licence was called for by the police. On the evening of the same day the respondent received in his mail a notice entitled "Order of Revocation of License" signed by the Registrar of Motor Vehicles purporting to be issued "pursuant to the authority vested in ... [him] by Section 250 of the Motor Vehicle Act."

It was not until March 11, 1980 that a summary offence ticket was issued to the respondent charging him with the offence with which we are now concerned. As the actions of the Registrar of Motor Vehicles purported to be in the exercise of his authority under s. 250 of the *Motor Vehicle Act*, I find it desirable to reproduce the relevant portions of that section in full. That section reads as follows and I have underlined those portions which I consider to be particularly relevant:

**250** (1) Subject to subsections (3) and (4), the Registrar or the Director of Highway Safety shall revoke effective the date of conviction the driver's license of any person upon receiving a record of his conviction for any of the following crimes or offences:

(a) manslaughter resulting from the operation of a motor vehicle, in violation of Section 219 of the Criminal Code;

(b) an offence against Section 203, 204, 233, 234, 235, 236, 238 or 295 of the Criminal Code;

(c) theft of a motor vehicle in violation of Section 294 of the Criminal Code;

(d) any offence against the Criminal Code designated by the Governor in Council;

à moteur de la province de la Nouvelle-Écosse, conformément au par. 250(1) de la *Motor Vehicle Act*, lui a envoyé le 10 avril 1979 une ordonnance de retrait de son permis de conduire. En temps voulu l'intimé a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité et, le 1er mai 1979, on lui a fait parvenir un avis de rétablissement de ses droits de conducteur avec effet à partir de cette date. Le 21 décembre 1979, il y a eu dépôt auprès du greffier de la Cour de comté d'une décision écrite rejetant l'appel et, ce qui particulièrement important en l'espèce, dans le courant du mois de janvier 1980, l'avocat de l'intimé l'a informé du rejet.

Ce n'est que le 25 janvier 1980 vers 9 h que l'intimé, qui se rendait alors au travail au volant de son véhicule à moteur, s'est fait arrêter par la GRC qui lui a demandé de produire son permis de conduire. Ce même jour, au cours de la soirée, l'intimé a reçu dans son courrier un avis intitulé [TRADUCTION] «Ordonnance de retrait du permis» et revêtu de la signature du registraire des véhicules à moteur qui disait agir [TRADUCTION] «en vertu du pouvoir dont je suis investi par l'art. 250 de la *Motor Vehicle Act*».

Le 11 mars 1980 on a enfin délivré à l'intimé une sommation lui imputant l'infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité dont il s'agit en l'espèce. Comme le registraire des véhicules à moteur a dit agir dans l'exercice du pouvoir que lui confère l'art. 250 de la *Motor Vehicle Act*, j'estime souhaitable de reproduire intégralement les dispositions pertinentes de cet article. En voici le texte dont j'ai souligné les parties que je considère particulièrement importantes:

[TRADUCTION] **250** (1) Sous réserve des paragraphes (3) et (4), le registraire ou le directeur de la sécurité routière doit, lorsqu'il reçoit avis qu'une personne a été reconnue coupable:

a) d'un homicide involontaire coupable par suite de la conduite d'un véhicule à moteur, contrairement à l'article 219 du Code criminel;

b) d'une infraction aux articles 203, 204, 233, 234, 235, 236, 238 ou 295 du Code criminel;

c) du vol d'un véhicule à moteur, contrairement à l'article 294 du Code criminel;

d) de toute infraction au Code criminel désignée par le gouverneur en conseil;

(e) making a false affidavit, declaration or statement to the Department or the Registrar in violation of this Act; or

(f) a violation of Section 258 of this Act.

(2) Notwithstanding subsection (1) but subject to subsections (3) and (4), when a person is convicted of any of the crimes or offences mentioned in subsection (1), the driver's license or the privilege of obtaining a driver's license is thereupon and hereby revoked and shall remain revoked.

(3) When a person appeals against a conviction for an offence mentioned in subsection (1) in the manner prescribed by law, the person shall be deemed not to be convicted for the purpose of subsections (1) and (2) and the provisions of this Act until the appeal is heard, determined and dismissed or is abandoned or the right to proceed with the appeal extinguished and the driver's license or the privilege of obtaining a driver's license shall be thereupon and hereby revoked and shall remain revoked.

(4) A person whose driver's license is revoked under this Section may drive a motor vehicle until noon the third day after the date of his conviction as will permit him to return to his place of residence or to sell or dispose of a motor vehicle registered in his name.

(5) When a court or magistrate convicts a person of any of the crimes or offences mentioned in subsection (1), the court or magistrate shall communicate to the person the effect of this Section, but the failure to do so shall not affect in any way the validity of the revocation.

(6) When a court or magistrate convicts a person of any of the crimes or offences mentioned in subsection (1) the person whose license is revoked shall produce the license forthwith to the court or magistrate who shall make thereon an endorsement in the following words or words to the like effect;

"not valid as of noon the
day of , 19 ".

and he shall sign the endorsement, but the failure to do so shall not affect the validity of the revocation.

(7) When a person appeals against a conviction for an offence mentioned in subsection (1) in the manner prescribed by law, the court or magistrate whose conviction is appealed from may endorse the driver's license using the following words or words to like effect:

e) d'une fausse déclaration ou assertion, que ce soit ou non dans un affidavit auprès du département ou du registraire, contrairement à la présente loi; ou

f) d'une infraction à l'article 258 de la présente loi,

retirer, avec effet à partir de la date de la déclaration de culpabilité, le permis de conduire de cette personne.

(2) Nonobstant le paragraphe (1) mais sous réserve des paragraphes (3) et (4), lorsqu'une personne est déclarée coupable de l'un des crimes ou infractions visés au paragraphe (1), il y a alors retrait du permis de conduire ou du droit d'en obtenir un.

(3) Sur appel interjeté dans les formes prescrites par la loi à l'encontre d'une déclaration de culpabilité d'une infraction visée au paragraphe (1), la personne est, aux fins des paragraphes (1) et (2) et des autres dispositions de la présente loi, réputée ne pas avoir été reconnue coupable tant que l'appel n'aura pas été entendu, tranché et rejeté ou qu'il n'y aura pas eu désistement ou extinction du droit d'en appeler; si une de ces circonstances survient, il doit alors y avoir retrait du permis de conduire ou du droit d'en obtenir un.

(4) Celui à qui on a retiré le permis de conduire en vertu du présent article peut conduire un véhicule à moteur jusqu'à midi le troisième jour qui suit la date de sa déclaration de culpabilité, de manière à pouvoir regagner son domicile ou vendre ou autrement disposer d'un véhicule à moteur immatriculé en son nom.

(5) La cour ou le magistrat qui déclare une personne coupable de l'un des crimes ou infractions visés au paragraphe (1) est tenu d'informer cette personne de l'effet du présent article, mais l'omission de le faire ne compromet nullement la validité du retrait du permis.

(6) Lorsqu'une personne est déclarée coupable, par une cour ou un magistrat, de l'un des crimes ou infractions visés au paragraphe (1) et qu'il y a retrait de son permis de conduire, cette personne est tenue de produire immédiatement ledit permis auprès de la cour ou du magistrat qui y inscrira la mention suivante ou des mots en même sens:

«invalide à partir de midi le jour de
19 ».

et elle est tenue de l'endosser, mais l'omission de le faire ne compromet nullement la validité du retrait du permis.

(7) Sur appel interjeté, dans les formes prescrites par la loi, à l'encontre d'une déclaration de culpabilité d'une infraction visée au paragraphe (1), la cour ou le magistrat dont la décision est portée en appel peut inscrire sur le permis de conduire la mention suivante ou des mots en même sens:

"Revocation stayed pending appeal,"

and he shall date and sign the endorsement.

(8) Where an appeal is heard, determined and dismissed or is abandoned or the right to proceed with the appeal is extinguished, the court to which the appeal was made or the Registrar may order the person to appear and surrender his driver's license and the order may be enforced by a peace officer.

The respondent does not question the validity of his conviction on March 6, 1979 for a breach of s. 233(2) of the *Criminal Code* nor the notice of the order of revocation of his licence which was sent to him on April 10 of that year by the Registrar of Motor Vehicles. It is apparent that pursuant to s. 250(1) of the *Motor Vehicle Act*, proof of such conviction carries with it a mandatory requirement that the Registrar shall revoke the licence of a convicted driver, but what is at issue here is the status of such a driver after he has asserted an appeal from his conviction and this involves a close consideration of s. 250(3) which provides that when a person who has been convicted under s. 233 of the *Criminal Code* appeals against that conviction he "shall be deemed not to be convicted for the purpose of subsection . . . (1) . . . [of s. 250] until the appeal has been heard and dismissed" and "the driver's license or the privilege of obtaining a driver's license shall be thereupon and hereby revoked and shall remain revoked."

In acquitting the respondent the trial judge made the following findings with respect to the effect of the notice entitled "Order of Revocation of License" which was not received by MacDougall until the afternoon of January 25 whereas the present charge alleges a breach of s. 258 of the *Motor Vehicle Act* at 9 a.m. on the morning of that day.

In this respect the learned trial judge found:

I believe Mr. MacDougall when he says that the actual certified mail arrived that afternoon and the remaining question, one of law and one of fact to be disposed of, is whether or not that he believed that he was entitled to

«Sursis au retrait du permis en attendant l'issue de l'appel»;

cette mention doit être datée et endossée par celui qui la fait.

(8) Lorsqu'un appel a été entendu, tranché et rejeté ou qu'il y a eu désistement ou extinction du droit d'en appeler, la cour saisie de l'appel ou le registraire peut ordonner à l'intéressé de comparaître et de remettre son permis de conduire; le respect de cette ordonnance peut être assuré par un agent de la paix.

L'intimé ne conteste ni la validité de sa déclaration de culpabilité (intervenue le 6 mars 1979) d'une infraction au par. 233(2) du *Code criminel*, ni celle de l'avis de l'ordonnance de retrait de son permis que le registraire des véhicules à moteur lui a fait parvenir le 10 avril de cette même année. Il se dégage nettement du par. 250(1) de la *Motor Vehicle Act* que, sur réception d'une preuve de pareille déclaration de culpabilité, le registraire doit obligatoirement retirer le permis du chauffeur coupable; mais la question soulevée en l'espèce concerne la situation d'un chauffeur qui a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité, et pour trancher cette question il faut examiner attentivement le par. 250(3) aux termes duquel, lorsqu'une personne qui a été déclarée coupable d'une infraction à l'art. 233 du *Code criminel* se pourvoit en appel contre cette déclaration de culpabilité, elle «est, aux fins [du] paragraphe . . . (1) [de l'art. 250] . . . , réputée ne pas avoir été reconnue coupable tant que l'appel n'aura pas été entendu . . . et rejeté»; si cette circonstance survient «il doit alors y avoir retrait du permis de conduire ou du droit d'en obtenir un».

En prononçant l'acquittement de l'intimé, le juge du procès a tiré les conclusions suivantes relativement à l'effet de l'avis intitulé «Ordonnance de retrait du permis», avis que MacDougall n'a reçu que l'après-midi du 25 janvier alors que l'accusation en l'espèce allègue une infraction à l'art. 258 de la *Motor Vehicle Act* qui aurait eu lieu à 9 h du matin ce jour-là.

A cet égard le savant juge du procès a conclu:

[TRADUCTION] J'ajoute foi au témoignage de M. MacDougall selon lequel il n'a reçu la lettre recommandée que dans cet après-midi-là et seule reste à trancher la question à la fois de droit et de fait de savoir s'il croyait

drive and whether or not that gives him a defence. First of all, I believe Mr. MacDougall when he tells me he was under the honest impression that he was entitled to drive pending some notification from the Department of Motor Vehicles, the Registrar specifically, telling him that he was once again suspended from driving as a result of the disposition of his appeal. I base that on his appearance and testimony that he gave on the stand, his behaviour when he was accosted, he was open and obvious in his driving . . . .

The trial judge also found of MacDougall that

His previous experiences with the notices from the Department and the correspondence from the Department, I would take it to lean Mr. MacDougall towards the legitimate understanding that he might reasonably expect further indication from the Department, after the appeal was disposed of.

His Honour Judge Sullivan and the majority of the Court of Appeal affirmed these findings and held that they disclosed a defence to the charge here laid on the ground that they disclosed a mistake of fact on the part of the accused within the meaning of *R. v. Sault Ste. Marie* (*supra*), whereas I am unable to treat the respondent's mistake otherwise than as a mistake of law in relation to his right, because of s. 250 (3), to drive after his appeal had been dismissed. This was a mistake of law which does not afford the respondent a defence having regard to s. 19 of the *Criminal Code* which provides that:

**19.** Ignorance of the law by a person who commits an offence is not an excuse for committing that offence.

This is no more than a codification of the common law rule and undoubtedly applies in the present case.

In this regard Macdonald J.A., speaking on behalf of the Court of Appeal, introduced a new concept in the law of mistake, saying:

On the particular facts of this case and in light of what I have just said I am not convinced that the mistake of the respondent as to the effective date or time of revocation of his license was purely one of law. It was a reasonable mistake based on certain acts of the Registrar and may be but an error of fact or a mix of both fact and law.

avoir le droit de conduire et si cela constitue un moyen de défense. En premier lieu, je crois M. MacDougall quand il dit avoir vraiment eu l'impression qu'il avait le droit de conduire jusqu'à ce que le département des Véhicules à moteur, plus précisément le registraire, l'ait avisé que, par suite de la décision rendue en appel, son permis de conduire était de nouveau suspendu. Je fonde cette conclusion sur son attitude et sur le témoignage qu'il a rendu à la barre, sur son comportement lorsqu'il a été arrêté et sur le fait qu'il conduisait ouvertement.

Le juge du procès a également conclu à l'égard de MacDougall que:

[TRADUCTION] Étant donné qu'il avait par le passé reçu un avis du département et compte tenu de la correspondance émanant de celui-ci, je tiens pour acquis que M. MacDougall aurait été porté à croire sincèrement qu'il était raisonnable de s'attendre qu'à l'issue de l'appel, le département lui fasse parvenir un avis quelconque.

Le juge Sullivan ainsi que la Cour d'appel à la majorité ont confirmé ces conclusions, jugeant qu'elles établissent l'existence d'un moyen de défense contre l'accusation portée en l'espèce, car il s'en dégage que l'accusé a cru à un état de faits inexistant au sens de l'arrêt *R. c. Sault Ste-Marie*, précité. Pour ma part, je me vois dans l'obligation de conclure que l'erreur commise par l'intimé en est une de droit en ce qui concerne son droit, vu le par. 250(3), de continuer à conduire après le rejet de son appel. Il s'agit là d'une erreur de droit que, compte tenu de l'art. 19 du *Code criminel*, l'intimé ne peut invoquer comme moyen de défense. L'article 19 est ainsi rédigé:

**19.** L'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de cette infraction.

Cette disposition, qui ne fait que codifier la règle de la *common law*, s'applique sans aucun doute en l'espèce.

A cet égard, le juge Macdonald introduit un nouveau concept dans le droit en matière d'erreur lorsqu'il dit au nom de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Vu les faits de l'espèce et compte tenu de ce que je viens de dire, je ne suis pas convaincu que l'erreur de l'intimé quant à la date ou au moment où le retrait de son permis devait prendre effet soit purement une erreur de droit. Il s'agit en fait d'une erreur raisonnable fondée sur certains actes du registraire, qui peut donc n'être qu'une erreur de fait ou une erreur mixte de fait et de droit.

Assuming however that the error of the respondent as to revocation was one of law I am prepared to say that the facts as found by the trial judge give rise to a defence of justification based upon reliance by the respondent on a previous course of conduct on the part of the Registrar. This defence might be classified as officially induced error or perhaps as a form of colour of right.

It is not difficult to envisage a situation in which an offence could be committed under mistake of law arising because of, and therefore induced by, "officially induced error', and if there was evidence in the present case to support such a situation existing it might well be an appropriate vehicle for applying the reasoning adopted by Mr. Justice Macdonald. In the present case, however, there is no evidence that the accused was misled by an error on the part of the Registrar. The only reference which I have been able to find in the testimony of the accused which could even suggest such a thing is the following passage from his cross-examination:

Q. But in any event sir, you did receive a notification of revocation of license on the 10th of April 1979?

A. 10th of April . . . .

Q. Well, at least it was dated the 10th of April?

A. Yes.

Q. At that point you knew for sure that your license was revoked?

A. No, not exactly, on this particular, the 10th of April, yes that the license had been revoked at that particular time, over that particular charge.

Q. So at that particular time you knew that it was revoked?

A. Yes, on advice of the Motor Vehicle Department.

Q. Yes, that is basically what I am asking you, you then filed a notice of appeal in the matter, did you not?

A. Yes I did.

Q. You appealled [*sic*] the decision, did you not?

A. Yes.

Q. Subsequent to filing the notice of appeal, you received a notice of reinstatement from the Registrar of Motor Vehicles?

A. I did.

A supposer toutefois que ce soit une erreur de droit, j'estime que les conclusions de fait du juge du procès appuient une défense de justification parce que l'intimé s'est fondé sur la conduite antérieure du registraire. Ce moyen de défense pourrait être appelé la défense d'erreur provoquée par un fonctionnaire ou peut-être s'agit-il d'une espèce d'apparence de droit.

On envisage sans difficulté une situation où une infraction pourrait être commise par suite d'une erreur de droit «provoquée par un fonctionnaire» et, s'il existait en l'espèce des éléments de preuve à l'appui de l'existence de pareille situation, il y aurait peut-être eu lieu d'appliquer le raisonnement du juge Macdonald. Cependant, rien n'indique que dans la présente affaire l'accusé a été induit en erreur par le registraire. Dans tout le témoignage de l'accusé, seul porte le moindrement à croire à l'existence d'un pareil état de choses le passage suivant tiré de son contre-interrogatoire:

[TRADUCTION] Q. Mais de toute façon, monsieur, vous avez reçu le 10 avril 1979 avis du retrait du permis?

R. Le 10 avril . . .

Q. Du moins il était daté du 10 avril?

R. Oui.

Q. A ce moment-là vous saviez avec certitude que votre permis avait été retiré?

R. Non, pas exactement, le 10 avril, oui je savais que le permis avait été retiré à ce moment-là en raison de cette accusation précise.

Q. Alors vous saviez à ce moment-là qu'il y avait eu retrait du permis?

R. Oui, par suite de l'avis du département des Véhicules à moteur.

Q. Oui, c'est essentiellement cela que je vous demande; vous avez alors déposé un avis d'appel, n'est-ce pas?

R. Oui, c'est exact.

Q. Vous en avez appelé de la décision rendue contre vous, n'est-ce pas?

R. Oui.

Q. Après avoir déposé l'avis d'appel, vous avez reçu du registraire des véhicules à moteur un avis de rétablissement?

R. C'est exact.

Q. That was given subject to the outcome of the appeal case?
A. Pending, restored pending outcome of appeal.

And earlier Mr. MacDougall had given the following evidence:

Q. Having received notice of the appeal having been lost, Mr. MacDougall, did it at all appear to you that maybe your license would be under suspension?
A. Well as I understood it, there would be a notice of license suspension coming to me at sometime, yes.
Q. Did you realize that you may be under suspension at that very moment?
A. Not at that particular time, no.
Q. You were waiting then the notification from the Registrar of Motor Vehicles?
A. Well, as in the past, notification had been received from Motor Vehicles, with regards to the previous accident, so I was under the assumption that until such time as that notice would be received, I was still able to drive a car.

It would be difficult to conceive of more clear or imperative language than that contained in s. 250(3) of the *Motor Vehicle Act* whereby the driver's licence shall be automatically "revoked and shall remain revoked" if an appeal is "dismissed". The failure to appreciate the legal duty imposed by that law is of no solace to the appellant.

Before concluding, I should make mention of *R. v. Prue*, *R. v. Baril*, [1979] 2 S.C.R. 547, in which the majority of the Court held that, for the purposes of the *Criminal Code*, whether there has been an effective suspension is simply a question of fact. The case arose under s. 238(3) of the *Criminal Code* and the majority decision, delivered by the Chief Justice at p. 552, makes it clear that a distinction may be drawn between enforcement of a driving offence under the *Criminal Code* and one for the enforcement of a provincial enactment.

In my opinion, the issue of ignorance of fact or ignorance of law is properly applicable to the enforcement of the provincial enactment under which the suspension

Q. Le permis a été rétabli en attendant l'issue de l'appel?
R. En attendant, il a été rétabli en attendant l'issue de l'appel.

Plus tôt, M. MacDougall avait rendu le témoignage suivant:

[TRADUCTION] Q. Après avoir reçu avis du rejet de l'appel, M. MacDougall, vous est-il jamais venu à l'esprit que votre permis était peut-être suspendu?
R. Bien, j'avais l'impression que je recevrais à un moment donné avis du retrait du permis, oui.
Q. Vous êtes-vous rendu compte que vous pouviez à ce moment même être sous le coup d'une suspension?
R. Pas à ce moment-là, non.
Q. Vous attendiez donc un avis émanant du registraire des véhicules à moteur?
R. Bien, comme dans le cas de l'accident antérieur j'avais reçu avis du département des Véhicules à moteur, j'ai présumé que jusqu'à réception de pareil avis, je pouvais continuer à conduire une voiture.

J'ai peine à concevoir une disposition à la fois plus claire et plus impérative que le par. 250(3) de la *Motor Vehicle Act*, aux termes duquel il y a «retrait» automatique du permis de conduire lorsqu'un appel est «rejeté». L'appelant ne peut donc s'appuyer sur son ignorance de l'obligation imposée par cette loi.

Avant de terminer, je voudrais mentionner l'arrêt *R. c. Prue*, *R. c. Baril*, [1979] 2 R.C.S. 547, où la Cour à la majorité a conclu qu'aux fins du *Code criminel*, est une simple question de fait la question de savoir si une suspension a pris effet. Dans cette affaire, il était question de l'application du par. 238(3) du *Code criminel*, et il ressort de la p. 552 des motifs de la majorité, rédigés par le Juge en chef, qu'il y a une distinction entre l'application d'une disposition du *Code criminel* créant une infraction relative à la conduite d'un véhicule automobile et l'application d'un texte législatif provincial.

A mon avis, la question de l'ignorance d'un fait ou de l'ignorance de la loi convient bien à l'application de la loi provinciale en vertu de laquelle on suspend le permis

from driving is made and not to the enforcement of s. 238(3) of the *Criminal Code*.

I am of the opinion that nothing in the foregoing reasons runs counter to the decision of the Court in *Prue* and *Baril*.

For all these reasons I would allow this appeal and order a new trial.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Kenneth W. Fiske and Dana W. Giovannetti, Department of Attorney General, Halifax.*

*Solicitors for the respondent: Doucet, Kelly, Evans & MacIsaac, Port Hawkesbury.*

de conduire, mais non à l'application du par. 238(3) du *Code criminel*.

J'estime que les motifs que je viens d'exposer ne sont aucunement incompatibles avec l'arrêt de la Cour *Prue* et *Baril*.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir ce pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelante: Kenneth W. Fiske et Dana W. Giovannetti, Ministère du Procureur général, Halifax.*

*Procureurs de l'intimé: Doucet, Kelly, Evans & MacIsaac, Port Hawkesbury.*

**The Trustees of St. Peter's Evangelical Lutheran Church, Ottawa** *Appellants*;

and

**The Council of the Corporation of the City of Ottawa and the Corporation of the City of Ottawa** *Respondents.*

File No.: 16445.

1982: April 1; 1982: November 23.

Present: Dickson, Estey, McIntyre, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Municipal law — Heritage building — Application to demolish — Statute required municipal consent — Deemed consent in absence of notice of decision within ninety-days of application date — Appellants not given formal notice but knew of decision to refuse application — Partial demolition effected on assumption of deemed consent — Whether or not appellants attained right to demolish by operation of statute — The Ontario Heritage Act, 1974 (Ont.), c. 122, now R.S.O. 1980, c. 337, ss. 34, 67 — Interpretation Act, R.S.O. 1980, c. 219, s. 10.*

This appeal arose from an application for judicial review of a by-law designating a house purchased by appellant Trustees to be a heritage property. *The Ontario Heritage Act*, which required the City's consent for the demolition of a heritage building, provided that that consent would be deemed given if the City did not either consent to or refuse the application within ninety days of the application to demolish. The appellants received no formal notice of the City's decision within that period as provided in s. 34(2) of the Act and proceeded to partially demolish the building on the assumption that consent was deemed to be given. The City obtained an injunction restraining further demolition. The lower courts found that the Trustees knew of the Council's decision—made in the form of a by-law passed within the ninety-day period—to deny the application to demolish and to expropriate the property. The issue was whether or not the appellants had attained the right to demolish their building pursuant to the statute.

*Held* (Estey J. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Dickson, McIntyre, Lamer and Wilson JJ.: The notice provisions, even given a liberal interpretation as

**Les syndics de l'église luthérienne évangélique St. Peter d'Ottawa** *Appelants;*

et

**Le conseil municipal de la ville et la municipalité d'Ottawa** *Intimés.*

N° du greffe: 16445.

1982: 1 avril; 1982: 23 novembre.

Présents: Les juges Dickson, Estey, McIntyre, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit municipal — Édifice historique — Demande de démolition — La loi exige le consentement de la municipalité — Consentement présumé en l'absence d'un avis de la décision dans les quatre-vingt-dix jours de la demande — Les appelants n'ont pas reçu l'avis officiel mais connaissaient le refus — Démolition partielle fondée sur le consentement présumé — La loi a-t-elle pour effet de conférer aux appelants le droit de démolir? — The Ontario Heritage Act, 1974 (Ont.), chap. 122, maintenant R.S.O. 1980, chap. 337, art. 34, 67 — Interpretation Act, R.S.O. 1980, chap. 219, art. 10.*

Le présent pourvoi découle d'une demande d'examen judiciaire d'un règlement qui désigne comme édifice historique une maison que les syndics appelants ont achetée. *The Ontario Heritage Act* qui exige le consentement de la ville pour démolir un édifice historique, prévoit que ce consentement est présumé si la ville n'accueille pas ou ne refuse pas la demande dans les quatre-vingt-dix jours de la demande de démolition. Les appelants n'ont reçu aucun avis officiel de la décision de la ville dans ce délai comme le prévoit le par. 34(2) de la Loi et ont entrepris de démolir en partie l'édifice en supposant que la ville était réputée y avoir consenti. La ville a obtenu une injonction enjoignant de cesser les travaux de démolition. Les cours d'instance inférieure ont conclu que les syndics connaissaient la décision du conseil, prise dans un règlement adopté dans le délai de quatre-vingt-dix jours, de refuser la demande de démolition et d'exproprier l'édifice. La question en litige est de savoir si, par l'application de la loi, les appelants ont obtenu le droit de démolir l'édifice.

*Arrêt* (le juge Estey est dissident): Le pourvoi est accueilli.

*Les* juges Dickson, McIntyre, Lamer et Wilson: On ne peut justifier d'écarter les dispositions relatives à l'avis,

required by the *Interpretation Act*, cannot be justifiably set aside. Considered in the context of the whole Act, these procedural requirements were of substance and not of mere form for they were the landowner's only protection in the face of the City's otherwise indefeasible rights. The set time limits and the notice provisions determined the period during which the landowner's rights were suspended and fixed the date on which those rights could be reasserted. Equating knowledge on appellants' part with notice given by the City, and, treating the deeming provision as a rebuttable deeming, did not fit the Act's statutory framework. The City was deemed to have consented to the appellants' application to demolish because it failed to meet the specific statutory requirements that formed the condition precedent to its retaining control of the property.

*Per* Estey (*dissenting*): The statute is fairly and properly interpreted and ensures the attainment of the Act's objects according to its true intent and spirit when knowledge is equated with notice. Appellants had "knowledge" at every stage of the process and were given notice by their presence in the Council meeting. Council, accordingly, did "cause notice of its decision to be given to the owner", both literally and substantially. The provision deeming consent to demolish in the absence of notification of Council's decision within the ninety-day period must be interpreted as "deemed to be so until the contrary is proved". Council here took appropriate action within the ninety-day period by denying the application to demolish and undertaking expropriation by by-law. The City was bound by its decision until the by-law denying permission to demolish was repealed. The 180-day period during which action by the City was to be taken automatically began to run. Council's action did not need to be announced in the manner prescribed by s. 34(2) to fix the time for the commencement of the running of the 180-day period.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1980), 118 D.L.R. (3d) 528, 30 O.R. (2d) 740, 14 M.P.L.R. 51, dismissing an appeal from a judgment of Craig J. dismissing an application for judicial review of a by-law. Appeal allowed, Estey J. dissenting.

*Gordon F. Henderson, Q.C.*, and *Emilio Binavince*, for the appellants.

même si elles sont interprétées de façon libérale comme l'exige l'*Interpretation Act*. Prises dans le contexte global de la Loi, ce sont des exigences de fond et non de simples exigences de forme puisqu'elles sont la seule protection du propriétaire face aux droits par ailleurs irrévocables de la ville. Les délais prescrits et les dispositions relatives à l'avis déterminent la période pendant laquelle les droits du propriétaire sont suspendus et fixent la date à laquelle le propriétaire peut à nouveau faire valoir ces droits. Le cadre législatif créé par la Loi ne permet pas de faire équivaloir la connaissance de la part des appelants à l'avis que donne la ville et de considérer la présomption comme une présomption simple. La ville est réputée avoir consenti à la demande d'autorisation de démolir des appelants parce qu'elle a négligé de se conformer aux exigences prévues par la loi dont l'observation est une condition préalable à son droit de garder le contrôle du bien.

*Le* juge Estey (*dissident*): Lorsqu'on dit que la connaissance équivaut à un avis, la Loi est interprétée de façon juste et appropriée et assure la réalisation de son objet selon son sens et son esprit véritables. Les appelants avaient «la connaissance» à chaque étape des procédures et ont reçu l'avis du fait qu'ils étaient présents à l'assemblée du conseil. Par conséquent, le conseil a, littéralement et en substance, «fai[t] en sorte qu'un avis de sa décision soit communiqué au propriétaire». La disposition qui crée la présomption de consentement à la démolition en l'absence d'avis de la décision du conseil dans un délai de quatre-vingt-dix jours doit être interprétée comme signifiant «réputé jusqu'à preuve du contraire». En l'espèce, le conseil a pris les mesures appropriées avant l'expiration de la période de quatre-vingt-dix jours en rejetant la demande de permission de démolir et en entreprenant l'expropriation par voie de règlement. La ville est liée par sa décision jusqu'à ce que soit abrogé le règlement qui refuse la permission de démolir. La période de 180 jours pendant laquelle la ville devait prendre des mesures a commencé automatiquement à courir. La mesure prise par le conseil n'avait pas à être annoncée de la manière prescrite au par. 34(2) pour déterminer la date à laquelle la période de 180 jours commence à courir.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1980), 118 D.L.R. (3d) 528, 30 O.R. (2d) 740, 14 M.P.L.R. 51, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Craig rejetant une demande de contrôle judiciaire d'un règlement. Pourvoi accueilli, le juge Estey est dissident.

*Gordon F. Henderson, c.r.*, et *Emilio Binavince*, pour les appelants.

*D. V. Hambling, Q.C.*, and *J. L. O'Brien*, for the respondents.

The judgment of Dickson, McIntyre, Lamer and Wilson JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal arises from an application for judicial review of a municipal by-law. The application was dismissed by the Supreme Court of Ontario and an appeal of that decision to the Ontario Court of Appeal was also dismissed. The case involves a consideration of the effect of s. 34(3) of *The Ontario Heritage Act*, 1974 (Ont.), c. 122, now R.S.O. 1980, c. 337 (the *Act*). That subsection provides that where the council of a municipality within ninety days of receiving the application neither consents to nor refuses an application to demolish a property, designated under the *Act* as having historical or architectural value, it will be deemed to have consented to the application.

The appellants are the owners of the land and buildings known as 136 Bay Street in the City of Ottawa, hereinafter referred to as 'the property'. It was acquired by the appellants in 1974, in the words of one of the members of the Church, "to enhance and protect" the Church property which is located on an adjacent lot. There was a house situate on the property and in March of 1977 the appellants applied for a permit to demolish it. No reply or acknowledgment of this application was received. In January, 1979 a further request was made for a demolition permit and again no formal reply or acknowledgment was received. On June 6, 1979 the Council of the City of Ottawa passed By-law 157-79, pursuant to s. 29 of the *Act*, which had the effect of designating the property as one of historical or architectural value. It was conceded by the appellants that the statutory provisions relating to the designation by-law were properly complied with and that the by-law was accordingly effective to designate the property under the *Act*. As a result of the designation, the appellants, as owners of the property, were prohibited by the provisions of s. 34(1) of the *Act* from demolishing the building without the consent in writing of the Council and it is clear that the appellants were aware of this fact.

*D. V. Hambling, c.r.*, et *J. L. O'Brien*, pour les intimés.

Version française du jugement des juges Dickson, McIntyre, Lamer et Wilson rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Le présent pourvoi découle d'une demande d'examen judiciaire d'un règlement municipal. La demande a été rejetée par la Cour suprême de l'Ontario et l'appel de cette décision a également été rejeté par la Cour d'appel de l'Ontario. Cette affaire requiert l'examen de l'effet du par. 34(3) de *The Ontario Heritage Act*, 1974 (Ont.), chap. 122, maintenant R.S.O. 1980, chap. 337 (la *Loi*). Ce paragraphe prévoit que si un conseil municipal n'accueille pas ou ne refuse pas une demande de démolition d'un immeuble désigné en vertu de la Loi comme ayant une valeur historique ou architecturale, dans les quatre-vingt-dix jours de la réception de la demande, il est réputé avoir acquiescé à la demande.

Les appelants sont les propriétaires du bien-fonds et de l'édifice situés au 136, rue Bay, à Ottawa, appelés ci-après «le bien». Les appelants l'ont acquis en 1974, aux dires d'un des membres de l'église, [TRADUCTION] «pour mettre en valeur et protéger» l'immeuble de l'église qui se trouve sur un lot voisin. Il y avait une maison sur les lieux visés et au mois de mars 1977, les appelants ont demandé un permis pour la démolir. Ils n'ont reçu ni réponse ni accusé de réception. Au mois de janvier 1979, une autre demande de permis de démolition a été faite et de nouveau aucune réponse formelle ni aucun accusé de réception n'a été reçu. Le 6 juin 1979, le conseil municipal d'Ottawa a adopté, en vertu de l'art. 29 de la *Loi*, le règlement 157-79 qui avait pour effet de désigner le bien comme ayant une valeur historique ou architecturale. Les appelants ont admis que les dispositions de la *Loi* relatives au règlement de désignation ont été régulièrement suivies et que par conséquent le règlement désignait valablement le bien en vertu de la *Loi*. En conséquence de la désignation, les dispositions du par. 34(1) de la *Loi* empêchaient les appelants, en qualité de propriétaires du bien, de démolir l'édifice sans l'autorisation écrite du conseil, et il est évident que les appelants connaissaient ce fait.

The appellants on June 27, 1979 applied to the Council for consent in writing to demolish the building on the property. The letter setting forth this application was, according to the respondents' evidence, received on June 29, 1979. The letter also informed the Council that a formal application for a permit to demolish the building, which was required under the *Building Code Act*, R.S.O. 1980, c. 51, and the City by-laws, would be made the following week to the City's building inspector. This later application was received by the City on July 4, 1979.

The Council held a meeting on September 19, 1979 and adopted as By-law 261-79 a report of the Ottawa Planning Board, numbered 18a, recommending that the application for permission to demolish the building be denied, and a report of the Board of Control, numbered 19, recommending that "expropriation proceedings be initiated to acquire the Heritage building at 136 Bay Street". The second report included as recommendation No. 4 the statement that "the Department [of Community Development] be instructed to meet representatives of the Church to discuss purchase and/or other solutions". It was conceded that no written notice regarding the refusal to permit demolition was sent to the applicants prior to October 26, 1979.

On October 27, 1979 the appellants commenced demolition of the building and it was substantially demolished. On the same day, the City obtained an *ex parte* injunction preventing further demolition which was served on the appellants on October 29, 1979. As well the appellants received on October 29 a letter from the City, dated October 26, 1979, refusing to consent to demolition, and a notice of intention to expropriate. This was the only formal notice received from the City after the Council meeting of September 19.

The City commenced an action for an injunction and damages against the appellants and for a continuation of the injunction until trial. The appellants commenced proceedings for judicial review of By-law 157-79 (the designation by-law). The two proceedings were argued together on

Le 27 juin 1979, les appelants ont demandé l'autorisation écrite du conseil pour démolir l'édifice situé sur les lieux visés. Suivant le témoignage des intimés, la lettre qui formule cette demande a été reçue le 29 juin 1979. La lettre avisait également le conseil qu'une demande formelle pour un permis de démolition de l'édifice, requis en vertu de la *Building Code Act*, R.S.O. 1980, chap. 51, et des règlements municipaux, serait présentée la semaine suivante à l'inspecteur des bâtiments de la ville. La ville a reçu cette dernière demande le 4 juillet 1979.

Le conseil s'est réuni le 19 septembre 1979 et a adopté à titre de règlement 261-79 un rapport de la Commission de l'urbanisme d'Ottawa, coté 18a, qui recommande le rejet de la demande de permission de démolir l'édifice, ainsi qu'un rapport du Bureau des commissaires, coté 19, qui recommande [TRADUCTION] «l'engagement de procédures d'expropriation en vue d'acquérir l'édifice historique situé au 136, rue Bay». La recommandation n° 4 de ce dernier rapport prévoyait de [TRADUCTION] «demander au Service [du développement communautaire] de rencontrer les représentants de l'église en vue de discuter de l'achat et des autres solutions possibles». Il est admis qu'aucun avis écrit du refus d'accorder le permis de démolition n'a été envoyé aux requérants avant le 26 octobre 1979.

Le 27 octobre 1979, les appelants ont commencé à démolir l'édifice qui a été démoli en grande partie. Le même jour, la ville a obtenu une injonction *ex parte* enjoignant de cesser les travaux de démolition; cette injonction a été signifiée aux appelants le 29 octobre 1979. Les appelants ont aussi reçu de la ville, le 29 octobre, une lettre en date du 26 octobre 1979 les informant du refus d'autoriser la démolition, ainsi qu'un avis de l'intention d'exproprier le bien. Il s'agit là du seul avis officiel reçu de la ville après la réunion du conseil tenue le 19 septembre.

La ville a intenté une action en injonction et en dommages-intérêts contre les appelants et a demandé le maintien de l'injonction jusqu'au procès. Les appelants ont entrepris des procédures en vue de soumettre à l'examen judiciaire le règlement 157-79 (le règlement de désignation). Les

common evidence before Craig J. He continued the injunction against further demolition until trial and dismissed the application for judicial review on January 9, 1980. An appeal from this dismissal was dismissed in the Court of Appeal on November 20, 1980.

It is clear from the evidence, and in fact it was conceded, that no publication in a newspaper and no written notice, such as is contemplated in s. 67 of the *Act*, regarding the intention of the Council to refuse permission to demolish the building was given to the appellants. Section 67 provides:

**67.**—(1) Any notice or order required to be given, delivered or served under this Act or the regulations is sufficiently given, delivered or served if delivered personally or sent by registered mail addressed to the person to whom delivery or service is required to be made at his last known address.

(2) Where service is made by mail, the service shall be deemed to be made on the seventh day after the day of mailing unless the person on whom service is being made establishes that he did not, acting in good faith, through absence, accident, illness or other cause beyond his control, receive the notice or order until a later date.

(3) Any notice required to be published in a newspaper having general circulation in the municipality in which a property is situate shall be published in that newspaper once for each of three consecutive weeks.

No formal notice of the City's position was given until after the ninety-day period in s. 34(2) of the *Act* had elapsed on September 27 (ninety days from June 29) or, if the formal application received by the City on July 4 is considered to be the effective date, then not later than October 4 (ninety days from July 4). It is also clear from the evidence, however, that over a period of some two years discussions had taken place between representatives of the appellants and the City regarding these matters. There had been correspondence between them and in later months there had been newspaper publicity which gave a clear indication that the City did not intend to permit the demolition of the building. It is also true that at least two members of the appellants' church were present at the meeting of the Council on September 19, 1979 and, while it is not clear what they could have

deux procédures ont été plaidées ensemble suivant une preuve commune devant le juge Craig. Il a maintenu l'injonction enjoignant de cesser les travaux de démolition jusqu'au procès et a rejeté la demande de contrôle judiciaire le 9 janvier 1980. Un appel formé à l'encontre de ce rejet a été rejeté en Cour d'appel le 20 novembre 1980.

La preuve indique clairement, et en fait cela a été admis, qu'aucun avis écrit, de la nature de celui qu'envisage l'art. 67 de la *Loi*, concernant l'intention du conseil de refuser la permission de démolir l'édifice, n'a été publié dans un journal ni n'a été donné aux appelants. L'article 67 se lit:

[TRADUCTION] **67.**—(1) La signification ou la remise d'un avis ou d'une ordonnance en vertu de la présente loi est valable si elle est faite personnellement ou par courrier recommandé adressé à la personne à qui elle doit être faite à sa dernière adresse connue.

(2) Lorsque la signification est faite par la poste, elle est réputée avoir été faite le septième jour qui suit la date de la mise à la poste, à moins que la personne à qui elle est faite n'établisse qu'elle n'a reçu l'avis ou l'ordonnance que plus tard pour un motif qui échappe honnêtement à sa volonté, notamment par suite d'absence, d'accident ou de maladie.

(3) L'avis qui doit être publié dans un journal qui paraît dans la municipalité où est situé le bien doit être publié dans ce journal une fois la semaine pendant trois semaines consécutives.

Aucun avis officiel de la position de la ville n'a été donné avant l'expiration du délai de quatre-vingt-dix jours prévu au par. 34(2) de la *Loi*, le 27 septembre (quatre-vingt-dix jours à compter du 29 juin) ou, si la demande officielle reçue par la ville le 4 juillet est considérée comme le point de départ effectif du délai, au plus tard le 4 octobre (quatre-vingt-dix jours à compter du 4 juillet). Toutefois, la preuve révèle également qu'au cours d'une période d'environ deux ans, des discussions ont eu lieu entre la ville et les représentants des appelants concernant ces questions. Il y a eu échange de correspondance et, au cours des derniers mois, la publicité faite dans les journaux indiquait clairement que la ville n'avait pas l'intention de permettre la démolition de l'édifice. En outre, il est vrai qu'au moins deux membres de l'église appelante ont assisté à la réunion du conseil tenue le 19

inferred from what they heard, they were aware at least that up to that point the City had not consented to their application.

In the trial court, Craig J. did not consider that the admitted failure of the Council to give notice of its decision to the owners was fatal to the Council's position. He concluded on the evidence that the appellants were well aware of the "true purpose and intention of the City" and considered that the word 'deemed' in s. 34(3) should be "interpreted in this context to mean 'deemed until the contrary is proved' ". Concluding then that the appellants knew that the City opposed and would not consent to the application, he declined to apply the deeming provision and dismissed the application for judicial review. In the Court of Appeal, MacKinnon A.C.J.O., with whom the other members of the court agreed, considered that the City had given notice of its decision to the appellants and dismissed the appeal. Jessup J.A. added that all acts are deemed remedial by s. 10 of the *Interpretation Act* and that he would dismiss the appeal for the reasons given by Craig J. In this he was agreeing with Craig J.'s view that the deeming provision should have a liberal construction in these circumstances and not be applied strictly so as to deem the Council's consent conclusively.

In this Court, the appellants argued that under the provisions of s. 34(2) of the *Act* the City was required, within ninety days from the receipt of the appellants' application for a demolition permit, to reach a decision. It was required either to consent to the application or to refuse it and prohibit any demolition for a further period of 180 days from the date of such decision. The City was required to give notice. Since the Council did neither, within ninety days, the deeming provision in s. 34(3) resulted in a conclusive deeming that the respondent City had consented to the application. It was further contended that the common law right of the property owner could not be taken away without the use of clear statutory language and there was no such language in the *Act*. In fact,

septembre 1979 et, bien qu'on ne sache pas clairement ce qu'ils ont déduit de ce qu'ils y ont entendu, ils savaient au moins qu'à ce moment-là la ville n'avait pas encore accédé à leur demande.

En première instance, le juge Craig n'a pas estimé que l'omission avouée du conseil municipal d'aviser de sa décision les propriétaires était funeste à la position du conseil. En se fondant sur la preuve, il a conclu que les appelants étaient bien au fait de [TRADUCTION] «l'objet et de l'intention véritables de la ville» et il a estimé que le terme «réputé» au par. 34(3) doit être [TRADUCTION] «interprété dans ce contexte comme signifiant «réputé jusqu'à preuve du contraire»». Il a alors conclu que les appelants connaissaient l'opposition de la ville et savaient qu'elle n'accèderait pas à la demande; il a refusé d'appliquer la présomption et a rejeté la demande de contrôle judiciaire. En Cour d'appel, le juge en chef adjoint MacKinnon, aux motifs duquel les autres membres de la Cour ont souscrit, a estimé que la ville avait informé les appelants de sa décision et il a rejeté l'appel. Le juge Jessup a ajouté qu'à l'art. 10 de l'*Interpretation Act*, toutes les lois sont réputées réparatrices et qu'il était d'avis de rejeter l'appel pour les motifs énoncés par le juge Craig. Sur ce point, il partage l'opinion du juge Craig que la présomption doit être interprétée de façon libérale dans les circonstances et ne doit pas être appliquée strictement de manière que le consentement du conseil soit réputé péremptoirement avoir été donné.

Devant cette Cour, les appelants font valoir qu'en vertu des dispositions du par. 34(2) de la *Loi*, la ville était tenue, dans les quatre-vingt-dix jours de la réception de la demande des appelants visant un permis de démolition, de prendre une décision, que ce soit d'accueillir la demande ou de la refuser et d'interdire toute démolition pour une période de 180 jours à compter de la date de cette décision. La ville était tenue de donner avis. Puisque le conseil n'a pas agi dans le délai de quatre-vingt-dix jours, la présomption établie au par. 34(3) a pour conséquence que la ville intimée est réputée péremptoirement avoir acquiescé à la demande. Ils font valoir en outre que le droit que la *common law* reconnaît au propriétaire d'un bien ne peut lui être enlevé sans que la *Loi* le prévoie

it was contended that the language was clear to the effect that notice was required in the manner provided in s. 67 of the *Act*, and that the failure in this respect by the respondents was fatal to their position.

The respondents contended that the issue between the parties was limited to the simple question of notice. It was argued that under s. 34(2) of the *Act* notice had been given to the appellants by the course of dealings between the parties and by the information the representatives of the appellants would have acquired as a result of attendance at the meeting of the Council on September 19, 1979. There was no requirement for written notice. In any event, any notice required was replaced by notice in fact. It was also argued that the deeming provision in subs. (3) could not come into effect because, by a true construction of the *Act*, the deeming provision meant 'deemed until the contrary has been shown', not 'conclusively deemed'. Accordingly it followed, since it was clearly known by the appellants that the respondents had not, in fact, consented and had refused to consent, that the contrary had been shown. The deeming provision was not effective then to assist the appellants and the appeal should fail.

Section 34 of *The Ontario Heritage Act* is set out hereunder:

**34.**—(1) No owner of property designated under this Part shall demolish or remove any building or structure on such property or permit the demolition or removal of any building or structure on such property unless he applies to the council of the municipality in which the property is situate and receives consent in writing to such demolition or removal.

(2) The council, after consultation with its local advisory committee, where one is established, shall consider an application under subsection 1 and within ninety days of receipt thereof shall,

(*a*) consent to the application; or

(*b*) refuse the application and prohibit any work to demolish or remove any building or structure on the property for a period of 180 days from the date of its decision,

and shall cause notice of its decision,

(*c*) to be given to the owner and to the Foundation; and

clairement et que la loi ne contient aucune disposition en ce sens. De fait, ils allèguent que la *Loi* prévoit clairement que l'avis doit être donné de la façon prévue à l'art. 67 et que l'omission des intimés à cet égard leur est fatale.

Les intimés prétendent que la question en litige entre les parties se limite à la seule question de l'avis. Ils font valoir qu'en vertu du par. 34(2) de la *Loi*, l'avis a été donné aux appelants au cours des pourparlers entre les parties et par l'information que les représentants des appelants ont obtenue en assistant à la réunion du conseil le 19 septembre 1979. Rien n'exige que l'avis soit donné par écrit. En tout état de cause, l'avis de fait a remplacé tout avis qui peut être exigé. Ils font valoir en outre que la présomption prévue au par. (3) ne peut s'appliquer parce que, suivant une interprétation correcte de la *Loi*, la présomption signifie «réputé jusqu'à preuve du contraire», et non «réputé péremptoirement». Il s'ensuit par conséquent que le contraire a été établi puisque les appelants savaient de toute évidence que les intimés n'avaient pas, en fait, acquiescé à leur demande et avaient refusé d'y acquiescer. La présomption n'est donc d'aucun secours aux appelants et le pourvoi doit échouer.

L'article 34 de *The Ontario Heritage Act* se lit comme suit:

[TRADUCTION] **34.**—(1) Nul propriétaire d'un bien désigné conformément à la présente partie ne doit démolir ou enlever un édifice ou un bâtiment situé sur les lieux visés, ni en permettre la démolition ou l'enlèvement, à moins d'avoir demandé au conseil de la municipalité où est situé le bien son consentement écrit à cette démolition ou à cet enlèvement et de l'avoir obtenu.

(2) Après avoir consulté le comité consultatif local, s'il en existe un, le conseil doit examiner une demande présentée en vertu du paragraphe 1 et doit, dans les quatre-vingt-dix jours de la réception de cette demande,

*a*) acquiescer à la demande, ou

*b*) refuser la demande et interdire tous travaux de démolition ou d'enlèvement d'un édifice ou d'un bâtiment situé sur les lieux visés, pour une période de 180 jours à compter de la date de sa décision,

et il doit faire en sorte qu'un avis de sa décision

*c*) soit communiqué au propriétaire et à la Fondation; et

(*d*) to be published in a newspaper having general circulation in the municipality,

and its decision is final.

(3) The applicant and the council may agree to extend the time under subsection 2 and, where the council fails to notify the applicant of its decision within ninety days after the notice of receipt is served on the applicant or within such extended time as may be agreed upon, the council shall be deemed to have consented to the application.

(4) Notwithstanding subsection 1, where the period of 180 days prohibiting any work to demolish or remove any building or structure on a property under clause *b* of subsection 2 has expired and the owner has not agreed to an extension of such period, or where the extension of time agreed upon by the owner and the council under subsection 3 has expired, the owner may proceed to demolish or remove the building or structure on the property subject to the provisions of any other Act or regulation thereunder.

(5) Where,

(*a*) the council consents to an application under clause *a* of subsection 2, or is deemed to have consented to an application under subsection 3; or

(*b*) the period of 180 days under clause *b* of subsection 2 has expired or where the extension of time agreed upon by the owner and the council under subsection 3 has expired and the demolition or removal of the building or structure on the property has been completed,

the council shall pass a by-law repealing the by-law or part thereof designating the property and shall cause,

(*c*) a copy of the repealing by-law to be served on the owner and on the Foundation;

(*d*) notice of the repealing by-law to be published in a newspaper having general circulation in the municipality;

(*e*) reference to the property to be deleted from the Register referred to in subsection 1 of section 27; and

(*f*) a copy of the repealing by-law to be registered against the property affected in the proper land registry office.

*The Ontario Heritage Act* was enacted to provide for the conservation, protection and preservation of the heritage of Ontario. There is no doubt that the *Act* provides for and the Legislature intended that municipalities, acting under the

*d*) soit publié dans un journal qui paraît dans la municipalité.

La décision du conseil est sans appel.

(3) Le requérant et le conseil peuvent convenir de proroger le délai prévu au paragraphe 2 et, lorsque le conseil omet d'aviser le requérant de sa décision dans les quatre-vingt-dix jours de la signification au requérant de l'accusé de réception ou avant l'expiration de la prorogation de délai convenue, le conseil est réputé avoir acquiescé à la demande.

(4) Nonobstant le paragraphe 1, lorsque la période de 180 jours d'interdiction des travaux de démolition ou d'enlèvement d'un édifice ou d'un bâtiment situé sur les lieux visés, prévue à l'alinéa *b*) du paragraphe 2, est expirée et que le propriétaire n'a pas consenti à proroger cette période, ou lorsque la prorogation convenue par le propriétaire et le conseil en vertu du paragraphe 3 est expirée, le propriétaire peut, sous réserve des dispositions de toute autre loi ou de ses règlements d'application, démolir ou enlever l'édifice ou le bâtiment.

(5) Lorsque

*a*) le conseil acquiesce à une demande en vertu de l'alinéa (2)*a*), ou qu'il est réputé, en vertu du paragraphe 3, avoir acquiescé à une demande; ou lorsque

*b*) la période de 180 jours prévue à l'alinéa (2)*b*) est expirée, ou que la prorogation de la période convenue entre le propriétaire et le conseil en vertu du paragraphe 3 est expirée et que l'édifice ou le bâtiment a été démoli ou enlevé,

le conseil doit adopter un règlement abrogeant le règlement ou la partie du règlement qui désigne le bien et doit faire en sorte

*c*) qu'une copie du règlement d'abrogation soit signifiée au propriétaire et à la Fondation;

*d*) qu'un avis du règlement d'abrogation soit publié dans un journal qui paraît dans la municipalité;

*e*) que toute mention du bien dans le registre mentionné au paragraphe 27(1) soit supprimée; et

*f*) qu'une copie du règlement d'abrogation soit enregistrée à l'égard du bien concerné au bureau compétent d'enregistrement immobilier.

*The Ontario Heritage Act* a été adoptée pour assurer la conservation, la protection et la préservation du patrimoine ontarien. Il est certain que la *Loi* prévoit et que le législateur a voulu que les municipalités, agissant en vertu des dispositions de

provisions of the *Act*, should have wide powers to interfere with individual property rights. It is equally evident, however, that the Legislature recognized that the preservation of Ontario's heritage should be accomplished at the cost of the community at large, not at the cost of the individual property owner, and certainly not in total disregard of the property owner's rights. It provided a procedure to govern the exercise of the municipal powers, but at the same time to protect the property owner within the scope of the *Act* and in accordance with its terms. Virtually all argument in this Court centred upon the construction and effect of this section and, particularly, subs. (3), the 'deeming' provision. The respondents have contended for a liberal construction of the *Act* and the appellants for a strict construction. The distinction between the two approaches is conveniently set out in E.A. Dreidger, *The Construction of Statutes*, at pp. 148-49, in this manner:

> The early doctrine of equitable construction was followed by the theory of "strict" and "liberal" construction. Statutes were regarded as falling into one or two broad classes—penal and remedial. Penal statutes (which included not only statutes imposing a penalty for violation, but also revenue statutes and statutes interfering with the liberty or property of the subject) were to be construed strictly, and remedial statutes were to be construed liberally.
>
> What the boundaries of these two classifications were has never been clearly defined; what is a remedial statute to one may be penal to another; and a statute could in some aspects be regarded as penal and in others as remedial. The two methods of construction also are not clearly defined, and in their application probably meant no more than this: in the case of a remedial statute the judges may bring in everything they can within the maximum scope of the language used; in the case of a penal statute they must not bring in anything unless they are compelled to do so by clear language. The difference is one of elasticity.

The learned author went on, however, to point out that the importance of this categorization of approaches to a statutory construction may have

la Loi, disposent de vastes pouvoirs d'empiétement sur les droits de propriété des personnes. Cependant, il est aussi évident que le législateur a reconnu que la préservation du patrimoine ontarien doit se faire aux frais de l'ensemble de la société, non aux frais du propriétaire individuel ni sans tenir aucun compte des droits du propriétaire. Il a prévu une procédure qui régit l'exercice des pouvoirs municipaux mais qui protège en même temps le propriétaire dans le cadre de la *Loi* et conformément à ses dispositions. Pratiquement tout le débat en cette Cour a porté sur l'interprétation et l'effet de cet article et, en particulier, sur la présomption établie au par. (3). Les intimés ont plaidé en faveur d'une interprétation libérale de la *Loi*, et les appelants ont demandé qu'elle soit interprétée strictement. La distinction entre les deux solutions proposées est commodément énoncée de la manière suivante aux pp. 148 et 149 de l'ouvrage de E.A. Dreidger, *The Construction of Statutes*:

> [TRADUCTION] La doctrine originale de l'interprétation suivant l'*equity* a été suivie de la théorie de l'interprétation «stricte» et «libérale». On considérait que les lois relevaient d'une ou deux grandes catégories — les lois pénales et les lois réparatrices. Les lois pénales (qui comprenaient non seulement les lois qui imposaient une peine à l'égard d'une infraction, mais également les lois fiscales et celles qui portaient atteinte à la liberté ou aux droits de propriété des citoyens) devaient être interprétées de façon stricte, et les lois réparatrices devaient être interprétées de façon large.
>
> Les lignes de démarcation entre ces deux catégories n'ont jamais été définies de façon précise; ce qui, pour une personne, est une loi réparatrice peut être une loi pénale pour une autre; et une loi peut être considérée comme pénale à certains égards, et comme réparatrice à d'autres égards. Egalement, les deux modes d'interprétation ne sont pas définis de façon précise, et, lorsque appliqués, ils ne signifiaient probablement rien d'autre que ceci: dans le cas d'une loi réparatrice, les juges peuvent soulever tous les moyens que leur offrent les termes de la loi dans leur sens le plus large; dans le cas d'une loi pénale, ils ne peuvent soulever aucun moyen à moins d'y être tenus par des dispositions claires de la loi. La différence porte sur la souplesse.

Le savant auteur a poursuivi, toutefois, en soulignant que l'importance de cette catégorisation des façons d'interpréter les lois peut avoir été réduite

been diminished by reason of the *Interpretation Act* provision relating to the construction of all statutes, where he said:

Whatever distinction there was between these two classifications or these two methods of construction has been abolished by statute. The Interpretation Act provides that "every enactment shall be deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects". All statutes, therefore, are now "remedial" and must be "liberally" construed.

Nevertheless the concepts of "strict" and "liberal" construction constantly appear in the decisions and it is frequently said that taxing statutes must be strictly construed.

This point was taken in the Court of Appeal by Jessup J.A. Section 10 of the Ontario *Interpretation Act*, R.S.O. 1980, c. 219, provides:

**10.** Every Act shall be deemed to be remedial, whether its immediate purport is to direct the doing of any thing that the Legislature deems to be for the public good or to prevent or punish the doing of any thing that it deems to be contrary to the public good, and shall accordingly receive such fair, large and liberal construction and interpretation as will best ensure the attainment of the object of the Act according to its true intent, meaning and spirit.

In the Ontario Court of Appeal, as well as in the High Court, the purpose of the Act, that is the preservation and protection of Ontario's heritage, was recognized and the statute was characterized as remedial. MacKinnon A.C.J.O. said:

We are of the view that the matter really comes to a narrow compass on the particular and peculiar facts of this case. It should be said at the opening that the object and purpose of *The Ontario Heritage Act* is clear. It is to preserve and conserve for the citizens of this country *inter alia*, properties of historical and architectural importance. The Act is a remedial one and should be given a fair and liberal interpretation to achieve those public purposes which I have recited.

The Ontario courts have adopted the approach dictated by s. 10 of the *Interpretation Act* and they have construed the statute in the purposive manner. In this they have given effect fully to the avowed purpose of *The Ontario Heritage Act*.

en raison de la disposition de l'*Interpretation Act* relative à l'interprétation de toutes les lois, lorsqu'il dit:

[TRADUCTION] Quelle que soit la distinction qu'on a pu faire entre ces deux catégories ou ces deux modes d'interprétation, elle a été abolie par la loi. L'*Interpretation Act* prévoit que «chaque texte législatif est censé réparateur et doit s'interpréter de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de ses objets». En conséquence, toutes les lois sont maintenant «réparatrices» et doivent être interprétées «de façon libérale».

Néanmoins, les concepts de l'interprétation «stricte» et «libérale» se retrouvent de façon constante dans les décisions et on dit souvent que les lois fiscales doivent être interprétées de façon stricte.

Le juge Jessup de la Cour d'appel a relevé ce point. L'article 10 de l'*Interpretation Act* de l'Ontario, R.S.O. 1980, chap. 219, dispose:

[TRADUCTION] **10.** La loi est réputée réparatrice, qu'elle ait pour objet immédiat d'imposer un comportement que le législateur estime être dans l'intérêt du public ou qu'elle empêche ce qui lui paraît contraire. Elle doit faire l'objet d'une interprétation large, juste et libérale, afin d'assurer la réalisation de son objet selon son sens, son intention et son esprit véritables.

En Cour d'appel de l'Ontario, comme en Haute Cour, on a reconnu que la Loi a pour objet la conservation et la protection du patrimoine ontarien, et on l'a qualifié de loi réparatrice. Le juge en chef adjoint MacKinnon de la Cour d'appel a affirmé:

[TRADUCTION] Nous sommes d'avis que la question se limite véritablement aux faits précis et particuliers de l'espèce. Il faut dire d'abord que l'objet de *The Ontario Heritage Act* est évident. Il s'agit de préserver et de conserver pour les citoyens de ce pays notamment les biens qui ont une importance historique et architecturale. La Loi est réparatrice et doit recevoir une interprétation juste et libérale afin de réaliser les objets d'intérêt public que j'ai énoncés.

Les cours de l'Ontario ont adopté la méthode dictée par l'art. 10 de l'*Interpretation Act* et ont interprété la Loi en ce sens. Ainsi, elles ont donné pleinement effet à l'objet avoué de *The Ontario Heritage Act*. Même si j'accepte la méthode adop-

Accepting the approach so taken, I am not of the view, however, that in an effort to give effect to what is taken to be the purpose of the statute it is open to the court of construction to disregard certain provisions of the *Act*. The whole *Act* must be construed. It must be construed to give effect to the purpose above described but also to have regard for many provisions of the *Act*, particularly ss. 34 and 67, the purpose of which is to protect the interests of the landowner concerned. To ignore these provisions, or to read them down to where they are deprived of any real significance, is not to construe the statute but to decline to assign any meaning to certain of the words that were used by the Legislature.

In pursuance of the expressed purpose of the *Act*, the Legislature set up a detailed scheme of procedure which, if followed, would achieve the objects of the enactment and at the same time protect the landowners to the extent prescribed by the Legislature. To protect the heritage of Ontario the municipalities were given power to designate property of their choice and to suspend thereby many of the rights of private ownership. These provisions of the *Act* should be given force and effect to secure the goals of the Legislature. To protect landowners, the Legislature provided certain procedures including those set out in s. 34, together with the provisions of s. 67, which are the ones with which we are concerned. These provisions, too, must have their effect.

It should be observed that the protective provisions of s. 34 do not enable the landowner to interfere with the City's right to designate, protect, and to acquire the property. The City's right in this respect is indefeasible as long as it complies with the legislative directions as to its procedure but it should be noted that, in the face of this indefeasible right on the part of the City, the only protection left for the landowner is procedural. The statute has said in the clearest possible terms that the landowner may not demolish without consent. It has then said that when the landowner applies for consent all is held in suspension for ninety days during which time the City Council must make a decision. It may consent or it may refuse and prohibit demolition for a period of 180

tée, je ne suis cependant pas d'avis que, lorsqu'elle tente de donner effet à ce qu'on dit être l'objet de la *Loi*, la cour qui l'interprète puisse faire abstraction de certaines de ses dispositions. C'est la *Loi* en entier qu'il faut interpréter. Elle doit être interprétée de façon à donner effet à l'objet énoncé ci-dessus et de façon également à tenir compte de plusieurs de ses dispositions, en particulier les art. 34 et 67 qui visent à protéger les intérêts du propriétaire concerné. Les ignorer ou les atténuer au point de leur faire perdre toute importance véritable n'équivaut pas à interpréter la *Loi* mais à refuser d'attribuer une signification à certains termes utilisés par le législateur.

Pour réaliser l'objet que la *Loi* énonce, le législateur a établi un ensemble détaillé de procédures qui, si elles sont suivies, doivent permettre de réaliser les objets de la *Loi* tout en protégeant les propriétaires dans la mesure prescrite par celui-ci. En vue de protéger le patrimoine ontarien, les municipalités ont reçu le pouvoir de désigner les biens de leur choix et de suspendre ainsi plusieurs droits de propriété privée. Ces dispositions de la Loi doivent être appliquées de manière à assurer la réalisation des objectifs du législateur. Pour protéger les propriétaires, le législateur a prévu certaines procédures, y compris celles énoncées à l'art. 34, de même que les dispositions de l'art. 67 qui sont pertinentes en l'espèce. Ces dispositions doivent-elles aussi être appliquées.

Il faut remarquer que les dispositions protectrices de l'art. 34 ne permettent pas au propriétaire de s'opposer au droit de la ville de désigner, de protéger et d'acquérir le bien. Le droit de la ville à cet égard est irrévocable tant qu'il se conforme aux directives du législateur quant à la procédure à suivre, mais il faut remarquer que, face à ce droit irrévocable de la ville, la seule protection dont jouit le propriétaire est celle de la procédure. La *Loi* énonce dans les termes les plus clairs que le propriétaire ne peut procéder à une démolition sans y être autorisé. Elle dit alors que lorsque le propriétaire demande le consentement de la ville, rien ne doit être fait pendant une période de quatre-vingt-dix jours au cours de laquelle le conseil municipal doit prendre une décision. Il peut acquiescer à la

days from the date of its decision. It clearly then has the power, with which the landowner may not interfere, to hold all in suspension for a period of 270 days while reaching its ultimate decision regarding the property. To comply with the procedure set forth in the statute, all that is required in protection of the landowner's interest is the taking of a decision and the giving of notice. The manner in which that notice may be given is prescribed in s. 67 of the *Act*, which is reproduced above. While I would not consider that s. 67 provides the only manner of giving notice, it is my opinion that some positive step in that regard must be taken. Section 34 of the *Act* was enacted for the protection of the landowner. The notice provision of subs. (2) is not merely a formal requirement but one of substance. It is there to insure that the landowner will know what decision has been made and the date of that decision. He will thus be aware of the date of commencement of any additional time period set running by the decision so that he will be able, with some degree of certainty, to make such lawful disposition or use of his property as may be permitted under the *Act*. To read down the notice provision as was done by the courts below is not to construe s. 34(2), but simply to ignore it and by so doing to remove the protection given to the landowners by the Legislature.

I observe at this point that the importance of the notice provision is given weight by the fact that s. 34(3) provides a sanction for failure to notify in the form of the deeming provision. Furthermore, s. 34(4) provides that, even where notice is given under s. 34(2) and the additional period of 180 days referred to in s. 34(2)(*b*) becomes available to the Council, the landowner may, upon the expiration of that period or any extension which may be agreed upon, proceed to demolish the building or structure on the land unless, of course, the City has acted to acquire the property under s. 36. The observance of the notice provisions and the specified time limits is therefore of fundamental importance. They fix and determine the commencement and duration of the period or periods during which

demande ou la refuser et interdire la démolition pour une période de 180 jours à compter de la date de sa décision. Il est évident que le conseil a alors le pouvoir, auquel le propriétaire ne peut s'opposer, de tout suspendre pour une période de 270 jours en attendant de prendre une décision définitive concernant le bien. Pour se conformer à la procédure prévue dans la Loi, les seules mesures requises pour la protection du propriétaire sont la prise de décision et la communication de l'avis. L'article 67 de la *Loi*, que j'ai déjà cité, prescrit de quelle façon l'avis peut être donné. Bien que je n'estime pas que l'art. 67 énonce la seule façon de donner l'avis, je suis d'avis qu'il faut prendre une mesure positive à cet égard. L'article 34 de la *Loi* a été adopté en vue de protéger le propriétaire. La disposition du par. (2) relativement à l'avis n'est pas une simple exigence de forme mais une exigence de fond. Cette disposition y figure pour assurer que le propriétaire sache quelle décision a été prise et quelle est la date de cette décision. Il connaîtra ainsi la date du début de toute période supplémentaire qui court à compter de la décision de sorte qu'il pourra, avec un certain degré de certitude, aliéner ou utiliser légitimement son bien comme le lui permet la *Loi*. Atténuer la disposition relative à l'avis comme l'ont fait les cours d'instance inférieure n'équivaut pas à interpréter le par. 34(2) mais simplement à l'ignorer et ainsi à enlever aux propriétaires la protection que leur accorde le législateur.

Je souligne ici que la disposition relative à l'avis est d'autant plus importante que le par. 34(3) prévoit, en cas d'omission de l'avis, une sanction qui prend la forme d'une présomption. En outre, le par. 34(4) prévoit que, même lorsque l'avis est donné conformément au par. 34(2) et que le conseil peut se prévaloir de la période supplémentaire de 180 jours mentionnée à l'al. 34(2)*b*), le propriétaire peut, à l'expiration de ce délai ou de toute prorogation de délai convenue, démolir l'édifice ou le bâtiment situé sur les lieux visés à moins que, bien sûr, la ville ait pris des mesures pour acquérir le bien comme le prévoit l'art. 36. L'observation des dispositions relatives à l'avis et des délais prescrits est donc d'importance primordiale. Ils fixent le point de départ et la durée de la période

the landowner's rights are suspended and thereby fix the date upon which they may be reasserted.

It is therefore my opinion that, even accepting the argument of the respondents regarding statutory construction and giving the *Act* that broad, liberal construction mandated by s. 10 of the *Interpretation Act*, the setting aside of the notice provisions which reflect a significant part of the legislative intent cannot be justified. The notice provisions must, in my view, be observed and carried out as provided in the statute.

Considering as I do that the notice provisions in s. 34(2) should be complied with and noting that they were not, consideration must now be given to the consequences of non-compliance. Notice was required to be given within the ninety-day period. This period was up on September 27, 1979 or at latest on October 4, 1979. Nothing in the nature of a written or formal notice was given or received until late October. We are squarely confronted with the deeming provision in s. 34(3) which provides that if the Council fails, within ninety days after receipt of the application for demolition, to make known its decision and give notice as required under the *Act*, the Council shall be deemed to have consented to the application.

The Court of Appeal was of the view that there was no occasion to invoke the deeming provision. It considered that the appellants were notified by the presence of two representatives at the council meeting of September 29, 1979. Craig J. in the High Court, however, dealt with the deeming provision by considering it to be rebuttable. He said:

> In my opinion, as I have indicated, the applicant did have notice, although not a formal notice required by the Ontario Heritage Act, . . . [s. 67].
>
> I am satisfied that the applicant was well aware of the true purpose and intention of the City. Accordingly, for these reasons the word "deemed" should be interpreted in this context to mean "deemed until the contrary is proved", because in my opinion the contrary has been proved.

durant laquelle les droits du propriétaire sont suspendus et ainsi, la date à laquelle ils peuvent être rétablis.

Je suis donc d'avis que, même si l'argument des intimés relativement à l'interprétation des lois est accepté et que la *Loi* est interprétée de façon large et libérale comme l'exige l'art. 10 de l'*Interpretation Act*, l'annulation des dispositions relatives à l'avis qui traduisent une partie importante de l'intention du législateur ne peut être justifiée. A mon avis, les dispositions relatives à l'avis doivent être observées et appliquées de la façon prévue par la Loi.

Puisque j'estime qu'il faut se conformer aux dispositions du par. 34(2) relatives à l'avis et que je constate qu'elles n'ont pas été observées, il faut maintenant examiner les conséquences de l'omission de s'y conformer. L'avis devait être donné avant l'expiration du délai de quatre-vingt-dix jours. Ce délai expirait le 27 septembre 1979 ou, au plus tard, le 4 octobre 1979. Aucun avis qui s'apparente à un avis écrit ou officiel n'a été donné ou reçu avant la fin du mois d'octobre. Nous nous trouvons carrément devant la présomption du par. 34(3) suivant laquelle le conseil est réputé avoir consenti à la demande s'il néglige de faire connaître sa décision et de donner l'avis requis par la *Loi* dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent la réception d'une demande de démolition.

La Cour d'appel a exprimé l'avis qu'il n'y avait pas lieu de soulever la présomption. Elle a estimé que les appelants avaient été avisés étant donné que deux de ses représentants étaient présents à l'assemblée du conseil le 29 septembre 1979. Cependant, le juge Craig de la Haute Cour a traité la présomption comme s'agissant d'une présomption réfutable. Il a dit:

> [TRADUCTION] A mon avis, comme je l'ai souligné, la requérante a reçu l'avis, bien que ce ne soit pas l'avis officiel que requiert *The Ontario Heritage Act* . . . [l'art. 67].
>
> Je suis convaincu que la requérante connaissait parfaitement le but et l'intention véritables du conseil municipal. En conséquence, le terme «réputé» doit être interprété dans ce contexte comme signifiant «réputé jusqu'à preuve du contraire» parce que, à mon avis, on a fait la preuve du contraire.

In my opinion, neither approach is sustainable in the present case. The first depends upon equating knowledge on the part of the appellants with notice given by the respondent City and the second depends upon treating the deeming provision as creating a rebuttable deeming, neither of which concepts can, in my view, fit the statutory framework created by the *Act*. It is true, of course, that the words 'deemed' or 'deeming' do not always import a conclusive deeming into a statutory scheme. The word must be construed in the entire context of the statute concerned. Where a statute sets up a scheme for the employment of special powers by a municipal body and clearly provides a detailed procedure which will protect the municipal authority and make lawful the exercise of those powers, and then provides a specific sanction for failure to follow the statutory procedure in the form of a deeming provision, it is difficult, indeed, to conclude that a conclusive deeming was not intended. Any other conclusion would frustrate and break down the whole scheme of the *Act* designed specifically to accomplish both the preservation of the heritage of Ontario and the protection of landowners. The construction contended for by the respondents and accepted in the other courts would enable the City, on receipt of an application to demolish, to hold the landowner in suspense for longer periods than are contemplated in the Act, making it impossible for the landowner to exercise the rights given to him under s. 34 to compel or seek to compel the performance by the City of its obligation under s. 34(5). The purpose of s. 34 is to give the City time to consider its position. The combined effect of the specific time limits imposed, the specific direction to decide and notify, the provisions of s. 67 giving a method by which notice may be given, and the deeming provision is to give an element of finality to the proceedings. In other words, by failing to act within the ninety-day period the City has been deemed to have consented to the appellants' application to demolish, not because it has in fact consented but because it has failed to observe specific statutory provisions, the compliance with which is a condition precedent to its right to retain control of the property.

A mon avis, aucune de ces solutions ne peut être maintenue en l'espèce. La première tient à ce que la connaissance de la part des appelants équivaut à l'avis que donne la ville intimée, et la seconde tient à ce qu'on considère la présomption comme une présomption réfutable, et aucune de ces solutions ne peut, à mon avis, s'inscrire dans le cadre législatif créé par la *Loi*. Certes, il est vrai que les termes «réputé» ou «présomption» n'indiquent pas toujours une présomption décisive dans un texte législatif. Le terme doit être interprété en fonction de tout le contexte de la loi envisagée. Lorsqu'une loi établit des dispositions visant le recours à des pouvoirs spéciaux par un organisme municipal et énonce clairement une procédure détaillée qui protège l'autorité municipale, et rend légitime l'exercice de ces pouvoirs, et qu'elle prévoit ensuite une sanction précise qui prend la forme d'une présomption, en cas d'omission de suivre la procédure prescrite, il est en effet difficile de conclure qu'on n'a pas voulu que cette présomption soit décisive. Toute autre conclusion ferait échouer l'ensemble du plan législatif conçu précisément pour assurer à la fois la conservation du patrimoine ontarien et la protection des propriétaires. L'interprétation que préconisent les intimés et que les autres cours ont acceptée permettrait à la ville, lorsqu'elle reçoit une demande de permis de démolition, de tenir le propriétaire dans l'incertitude pendant des périodes plus longues que celles envisagées dans la *Loi* et empêcherait le propriétaire d'exercer les droits que lui accorde l'art. 34 d'obliger ou de chercher à obliger la ville à s'acquitter de l'obligation que lui impose le par. 34(5). L'article 34 a pour objet de donner à la ville le temps de prendre position. L'imposition de délais précis, l'obligation spécifique de prendre une décision et d'en donner avis, l'art. 67 qui énonce une façon de donner l'avis et la présomption ont pour effet cumulatif de conférer, aux procédures un caractère définitif. En d'autres termes, en omettant d'agir avant l'expiration de la période de quatre-vingt-dix jours, la ville a été réputée avoir consenti à la demande d'autorisation de démolir des appelants, non parce qu'elle y a de fait consenti, mais parce qu'elle a négligé de se conformer aux dispositions précises de la Loi dont l'observation est une condition préalable à son droit de garder le contrôle du bien.

I would allow the appeal with costs to the appellants throughout and direct the passage by the Council of a by-law repealing that part of the designating by-law affecting the property as directed in s. 34(5) of the *Act*.

The following are the reasons delivered by

ESTEY J. (*dissenting*)—By an application for judicial review of a by-law enacted by the City of Ottawa the appellants bring into issue their right to demolish a building owned by the church after it had been declared by the by-law in question to be a heritage building under *The Ontario Heritage Act*, 1974 (Ont.), c. 122. There is no dispute that the by-law in question, no. 157-79, was validly enacted by the City of Ottawa pursuant to *The Ontario Heritage Act*. What is at issue is whether the appellants thereafter and pursuant to the terms of the statute attained the right to demolish their building which they partially did under circumstances which I shall describe later.

The rationale for the conservation of the building as a heritage site is explained in a report to Ottawa City Council entitled: "Conservation of the Sole Surviving Example of Settlement Era Upper Town, Conservation of 136 Bay Street":

RATIONALE

The property at 136 Bay Street is an outstanding heritage building, having been erected prior to 1854 by Captain William T. Clegg of the Royal Engineers, Ordinance Paymaster, artist, and assistant in route selection for the Rideau Canal. It was subsequently lived in by other notable individuals and is the sole surviving settlement era residence in what was Upper Town, the upperclass residential section of Bytown . . . .

Further, the property is a significant element in the Queen Street Heritage Area, the last area of late nineteenth century residential architecture to the west of downtown and the setting for Christ Church Cathedral and the cliff marking the city centre's western edge.

The property was acquired by the appellants in May of 1974 and was operated as a rooming house until May 1, 1979. It is adjacent to the main

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens en faveur des appelants dans toutes les cours et d'ordonner au conseil d'adopter, comme l'exige le par. 34(5) de la *Loi*, un règlement abrogeant la partie du règlement de désignation qui concerne le bien.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ESTEY (*dissident*)—Dans une demande d'examen judiciaire d'un règlement adopté par la ville d'Ottawa, les appelants demandent que leur soit reconnu le droit de démolir un édifice qui appartient à l'église alors qu'il a été déclaré, par le règlement en question, édifice historique en vertu de *The Ontario Heritage Act*, 1974 (Ont.), chap. 122. On ne conteste pas que le règlement 157-79 dont il s'agit a été valablement adopté par la ville d'Ottawa conformément à *The Ontario Heritage Act*. La question en litige est de savoir si les appelants ont, par la suite et conformément aux termes de la Loi, acquis le droit de démolir leur édifice, qu'ils ont démoli en partie, dans les circonstances exposées ci-dessous.

La raison d'être de la conservation de l'édifice comme site historique est exposée dans un rapport soumis au conseil municipal d'Ottawa et intitulé [TRADUCTION] «Conservation du seul édifice subsistant de l'époque de l'établissement de la Haute Ville, conservation du 136, rue Bay»:

[TRADUCTION] EXPOSÉ DE PRINCIPE

L'immeuble situé au 136, rue Bay, est un monument historique remarquable; il a été construit avant 1854 par le capitaine William T. Clegg des Royal Engineers, un officier-payeur du service du matériel, un artiste et un assistant dans le choix du tracé du canal Rideau. Cet édifice a été habité subséquemment par d'autres notables et reste la seule résidence qui subsiste de l'époque de l'établissement de ce qui constituait la Haute ville, le secteur résidentiel de la haute société de Bytown . . .

En outre, cet immeuble est un élément important du patrimoine du secteur de la rue Queen, le dernier secteur de l'architecture résidentielle de la fin du dix-neuvième siècle à l'ouest du centre-ville et l'emplacement de la cathédrale Christ Church et de la falaise qui marque la bordure ouest du centre-ville.

Les appelants ont acquis l'immeuble au mois de mai 1974 et l'ont utilisé comme maison de rapport jusqu'au 1er mai 1979. Il est adjacent à l'immeuble

church property and it was the desire of the trustees to demolish the building with a view to expansion of the church grounds and parking facilities. On March 21, 1977 the appellants filed an application with the Building Inspection Division of the City of Ottawa for a permit to demolish the building. There followed a series of intermittent discussions between City officials and representatives of the appellants which were inconclusive; the following notations appear on the application: "Pastor has been speaking to Mr. Ham [a planner employed by the City]", and "Heritage File No.—136-H-12-146. Do not issue". On June 30, 1977 the Pastor wrote to the Inspector of the Property Standards Division of the City, which letter included the following:

We are anxious to pursue demolition of 136 Bay Street for much needed parking and to clean up the area. However, it looks as if we will have to see what the "Heritage Committees" have to say about this property. We have met with the Chairman, Heritage Committee, Ottawa, and explained fully our situation to him.

If it is felt that 136 Bay Street falls into the category of a "Heritage Home" we will want to hear from the Heritage authorities immediately what monies they are willing to make available for the renovation of this building. We have made the Chairman of the Heritage Committee, Ottawa, aware of your Work Order and actions required.

The City of Ottawa, at a Council meeting of June 15, 1977, received a preliminary Central Area Heritage Report identifying the property as "heritage". On February 21, 1979, the Council approved in principle a report recommending the protection and conservation of the area, specific mention being made of 136 Bay Street. On April 4, 1979 the City established its intention to designate the building as a heritage property. By registered letter dated April 19, the intention to designate was communicated to the appellants and they were given thirty days in which to object.

principal de l'église et les syndics voulaient démolir l'édifice en vue d'agrandir le terrain et l'aire de stationnement de l'église. Le 21 mars 1977, les appelants ont déposé à la Division de l'inspection des bâtiments de la ville d'Ottawa une demande de permis de démolition de l'édifice. Il s'en est suivi une suite de discussions intermittentes et stériles entre les fonctionnaires de la ville et les représentants des appelants; la demande comporte les notes suivantes: [TRADUCTION] «Le pasteur a parlé à M. Ham [un urbaniste à l'emploi de la ville]» et [TRADUCTION] «Dossier du patrimoine nº 136-H-12-146. Refuser». Le 30 juin 1977, le pasteur a écrit à l'inspecteur de la Division des normes de propriété de la ville et sa lettre mentionne:

[TRADUCTION] Nous souhaitons poursuivre la démolition du 136, rue Bay pour aménager le stationnement dont nous avons grand besoin pour nettoyer le secteur. Cependant, il semble qu'il nous faudra attendre de connaître les intentions des «comités du patrimoine» concernant cet immeuble. Nous avons rencontré le président du Comité du patrimoine d'Ottawa et nous lui avons expliqué notre point de vue en détail.

[TRADUCTION] Si on considère que le 136, rue Bay, peut être classé comme «maison historique», nous voulons savoir immédiatement combien d'argent les autorités compétentes sont disposées à affecter à la rénovation de cet édifice. Nous avons fait connaître votre ordre d'exécution et les mesures requises au président du Comité du patrimoine d'Ottawa.

Au cours d'une séance du conseil tenue le 15 juin 1977, la ville d'Ottawa a pris connaissance d'un rapport préliminaire sur le patrimoine du secteur centre qui a identifié cet immeuble comme un «bien culturel». Le 21 février 1979, le conseil a approuvé en principe un rapport qui recommandait de protéger et de conserver le secteur et qui mentionnait de façon particulière le 136, rue Bay. Le 4 avril 1979, la ville a donné acte de son intention de désigner cet édifice comme bien culturel. Par lettre recommandée en date du 19 avril, la ville a fait part aux appelants de son intention de désigner l'édifice et leur a accordé un délai de trente jours pour s'y opposer.

NOTICE OF INTENTION TO DESIGNATE

TAKE NOTICE that the Council of The Corporation of the City of Ottawa on the 4th day of April 1979, established its intention to designate the lands and buildings known municipally as 136 Bay Street as a property of architectural and historical value or interest under The Ontario Heritage Act, 1974.

STATEMENT OF REASONS FOR THE PROPOSED DESIGNATION:

"The two and one-half storey stone residence at 136 Bay Street is recommended for designation as being of architectural and historical value. Erected prior to 1866, the T-shaped structure has a rear stone portion of post-Georgian character. The front section has segmental and semi-circular arched windows and an offset entranceway more characteristic of the 1870's. Descendants state that the building was the residence of Captain T. Clegg, prior to his retirement. Mr. Gustavius Wickstead, Chief Law Clerk, House of Commons, resided there from 1866 through the turn of the century."

NOTICE OF OBJECTION to the designation may be served on the Clerk, within thirty (30) days of the 20th day of April, 1979.

No objection was received in response to the above notice and the City adopted By-law 157-79 on June 6, 1979 designating the property pursuant to s. 29 of *The Ontario Heritage Act*, *supra*, as a property of architectural and historical value. Notice of the designation by-law was communicated to the appellants by registered letter dated July 12, 1979. The appellants made application for a permit to demolish the building which application was made either on June 29, 1979 or on July 4, 1979 and it matters not which for the purposes of these proceedings. The statute requires that the City respond to such application within ninety days, otherwise it shall be deemed to have consented to the application. The ninety-day period expired on October 2, 1979 (based on my assumption that the application for the permit was made on July 4, 1979). Crucial to the disposition of this appeal is s. 34 of the Act, the operative parts of which are as follows:

**34.**—(1) No owner of property designated under this Part shall demolish or remove any building or structure on such property or permit the demolition or removal of

[TRADUCTION] AVIS D'INTENTION DE DÉSIGNER UN BIEN

PRENEZ AVIS que le 4 avril 1979, le conseil municipal d'Ottawa a donné acte de son intention de désigner le bien-fonds et l'édifice situé au 136, rue Bay, comme bien ayant une valeur architecturale et historique en vertu de The Ontario Heritage Act, 1974.

ÉNONCÉ DES MOTIFS DU PROJET DE DÉSIGNATION:

«Il est recommandé de désigner la maison de pierres de deux étages et demi située au 136, rue Bay, comme ayant une valeur architecturale et historique. La partie arrière en pierres de cet édifice en forme de T érigé avant 1866 est d'architecture post-Georgienne. La partie avant comporte des fenêtres en voûtes surbaissées et en demi-cercles et une entrée en porte-à-faux plus caractéristique des années 1870. Les descendants du capitaine T. Clegg affirment que leur ancêtre a habité cet édifice avant de prendre sa retraite. M. Gustavius Wickstead, légiste principal à la Chambre des communes, y a résidé de 1866 jusqu'à la fin du siècle.»

LES AVIS D'OPPOSITION à la désignation doivent être signifiés au greffier dans les trente (30) jours à compter du 20 avril 1979.

La ville n'a reçu aucune opposition relativement à l'avis précité et, le 6 juin 1979, elle a adopté le règlement 157-79 désignant, conformément à l'art. 29 de *The Ontario Heritage Act*, précité, ce bien comme ayant une valeur architecturale et historique. L'avis du règlement de désignation a été donné aux appelants par lettre recommandée en date du 12 juillet 1979. Les appelants ont présenté une demande pour un permis de démolition de l'édifice; cette demande a été faite le 29 juin 1979 ou le 4 juillet 1979, la date précise n'ayant aucune importance en l'espèce. La Loi exige que la ville donne une réponse à cette demande dans les quatre-vingt-dix jours, sans quoi elle est réputée avoir acquiescé à la demande. Le délai de quatre-vingt-dix jours a expiré le 2 octobre 1979 (si je tiens pour acquis que la demande de permis a été faite le 4 juillet 1979). L'article 34 de la Loi est d'une importance capitale en l'espèce. En voici le dispositif:

[TRADUCTION] **34.**—(1) Nul propriétaire d'un bien désigné conformément à la présente partie ne doit démolir ou enlever un édifice ou un bâtiment situé sur les

any building or structure on such property unless he applies to the council of the municipality in which the property is situate and receives consent in writing to such demolition or removal.

(2) The council, after consultation with its local advisory committee, where one is established, shall consider an application under subsection 1 and within ninety days of receipt thereof shall,

(*a*) consent to the application; or

(*b*) refuse the application and prohibit any work to demolish or remove any building or structure on the property for a period of 180 days from the date of its decision,

and shall cause notice of its decision,

(*c*) to be given to the owner and to the Foundation; and

(*d*) to be published in a newspaper having general circulation in the municipality,

and its decision is final.

(3) The applicant and the council may agree to extend the time under subsection 2 and, where the council fails to notify the applicant of its decision within ninety days after the notice of receipt is served on the applicant or within such extended time as may be agreed upon, the council shall be deemed to have consented to the application.

(4) Notwithstanding subsection 1, where the period of 180 days prohibiting any work to demolish or remove any building or structure on a property under clause *b* of subsection 2 has expired and the owner has not agreed to an extension of such period, or where the extension of time agreed upon by the owner and the council under subsection 3 has expired, the owner may proceed to demolish or remove the building or structure on the property subject to the provisions of any other Act or regulation thereunder.

(5) Where,

(*a*) the council consents to an application under clause *a* of subsection 2, or is deemed to have consented to an application under subsection 3; or

(*b*) the period of 180 days under clause *b* of subsection 2 has expired or where the extension of time agreed upon by the owner and the council under subsection 3 has expired and the demolition or removal of the building or structure on the property has been completed,

the council shall pass a by-law repealing the by-law or part thereof designating the property . . . .

lieux visés, ni en permettre la démolition ou l'enlèvement, à moins d'avoir demandé au conseil de la municipalité où est situé le bien son consentement écrit à cette démolition ou à cet enlèvement et de l'avoir obtenu.

(2) Après avoir consulté le comité consultatif local, s'il en existe un, le conseil doit examiner une demande présentée en vertu du paragraphe 1 et doit, dans les quatre-vingt-dix jours de la réception de cette demande,

*a*) acquiescer à la demande, ou

*b*) refuser la demande et interdire tous travaux de démolition ou d'enlèvement d'un édifice ou d'un bâtiment situé sur les lieux visés, pour une période de 180 jours à compter de la date de sa décision,

et il doit faire en sorte qu'un avis de sa décision

*c*) soit communiqué au propriétaire et à la Fondation; et

*d*) soit publié dans un journal qui paraît dans la municipalité.

La décision du conseil est sans appel.

(3) Le requérant et le conseil peuvent convenir de proroger le délai prévu au paragraphe 2 et, lorsque le conseil omet d'aviser le requérant de sa décision dans les quatre-vingt-dix jours de la signification au requérant de l'accusé de réception ou avant l'expiration de la prorogation de délai convenue, le conseil est réputé avoir acquiescé à la demande.

(4) Nonobstant le paragraphe 1, lorsque la période de 180 jours d'interdiction des travaux de démolition ou d'enlèvement d'un édifice ou d'un bâtiment situé sur les lieux visés, prévue à l'alinéa *b*) du paragraphe 2, est expirée et que le propriétaire n'a pas consenti à proroger cette période, ou lorsque la prorogation convenue par le propriétaire et le conseil en vertu du paragraphe 3 est expirée, le propriétaire peut, sous réserve des dispositions de toute autre loi ou de ses règlements d'application, démolir ou enlever l'édifice ou le bâtiment.

(5) Lorsque

*a*) le conseil acquiesce à une demande en vertu de l'alinéa (2)*a*), ou qu'il est réputé, en vertu du paragraphe 3, avoir acquiescé à une demande; ou lorsque

*b*) la période de 180 jours prévue à l'alinéa (2)*b*) est expirée, ou que la prorogation de la période convenue entre le propriétaire et le conseil en vertu du paragraphe 3 est expirée et que l'édifice ou le bâtiment a été démoli ou enlevé,

le conseil doit adopter un règlement abrogeant le règlement ou la partie du règlement qui désigne le bien . . .

At a meeting of September 19, 1979, Ottawa City Council considered a report from the Ottawa Planning Board entitled "Application for permission to demolish the Clegg House" which recommended:

That the application of St. Peter's Lutheran Church for permission to demolish the Clegg House, 136 Bay Street, be denied.

as well as a report from the Board of Control entitled "Conservation of the sole surviving example of settlement era Upper Town, Conservation of 136 Bay Street" which recommended:

That expropriation proceedings be initiated to acquire the heritage building at 136 Bay Street . . . .

The two recommendations were adopted by Council in By-law 261-79. It may be noted that the following commentary on the "Background" forms part of the latter report.

Discussions with the Church have indicated that no compromise, alteration in their plans, or voluntary financial solution is anticipated. The Church remains adamant in its intention to demolish the building.

The report was amended before adoption by by-law to include the further recommendation:

The Department be instructed to meet representatives of the church to discuss purchase and/or other solutions.

The action taken with respect to denial of permission to demolish included a comment by the Commissioner of Finance which presumably formed a part of the report confirmed by By-law 261-79 which stated:

Denial of permission to demolish will allow six additional months for the City to develop an effective, permanent method for preservation. Consideration of such methods is underway.

I do not conclude that these related considerations in any way detract from the two decisions embodied in By-law 261-79.

Au cours d'une assemblée tenue le 19 septembre 1979, le conseil municipal d'Ottawa a examiné un rapport de la Commission de l'urbanisme d'Ottawa intitulé [TRADUCTION] «Demande de permission de démolir la maison Clegg» qui recommandait:

[TRADUCTION] Que la demande de permission de démolir la maison Clegg, située au 136, rue Bay, faite par l'Eglise luthérienne St. Peter, soit rejetée.

Le conseil a également examiné un rapport du Bureau des commissaires intitulé [TRADUCTION] «Conservation du seul édifice subsistant de l'époque de l'établissement de la Haute Ville, conservation du 136, rue Bay», qui recommandait:

[TRADUCTION] L'engagement de procédures d'expropriation en vue d'acquérir l'édifice historique situé au 136, rue Bay . . .

Le conseil a adopté les deux recommandations dans son règlement 261-79. On peut remarquer que l'observation suivante relative à la «Documentation» fait partie de ce dernier rapport.

[TRADUCTION] Les discussions avec les représentants de l'église ne laissent entrevoir aucun compromis, aucun changement dans leurs plans ni aucune solution volontaire d'ordre financier. L'église reste inflexible quant à son intention de démolir l'édifice.

Avant d'être adopté par voie de règlement, le rapport a été modifié de manière à inclure également la recommandation suivante:

[TRADUCTION] Demander au Service de rencontrer les représentants de l'église en vue de discuter de l'achat et des autres solutions possibles.

Les mesures adoptées relativement au refus de la permission de démolir comportent une observation du commissaire des Finances qui faisait probablement partie du rapport adopté par le règlement 261-79 et qui se lisait comme suit:

[TRADUCTION] Le refus de la permission de démolir permettra à la ville de disposer d'un délai supplémentaire de six mois pour élaborer des méthodes de préservation efficaces et définitives. L'examen de ces méthodes est déjà en cours.

Je ne conclus pas que ces considérations connexes dérogent de quelque façon aux deux décisions que renferme le règlement 261-79.

There are findings of fact in each court below that the appellants knew of the action taken by the Council of the City of Ottawa in its meeting of September 19 and there is ample evidence on the record to support the concurrent findings of knowledge in the appellants of the refusal of the application for demolition by the Council of the respondent. It may be briefly summarized:

(a) At the Council meeting on September 19 two of the Trustees of the appellants were present;

(b) The Secretary of the appellants, prior to the meeting, reviewed the draft recommendations which Council confirmed in By-law 261;

(c) The Secretary of the appellants submitted a letter, on the instructions of the Board, to the respondent Council relating to the proposed expropriation of the property which letter was received and dealt with by the respondent Council at the meeting on September 19; the letter contains the following: "The Trustees of the Church oppose the recommendation of the Board of Control and the Ottawa Planning Board for expropriation . . . ";

(d) The Secretary of the appellants had read the newspaper accounts, dated September 20, 1979, of the meeting of the respondent Council on September 19.

Before returning to the interpretation problems raised by s. 34, the history of the events can be shortly completed. The respondents attempted to deliver a notice, including a copy of the minutes of the Council meeting of September 19, to the appellants on October 26 but service of these documents was refused by a person on the premises of the church. On the following day (Saturday, October 27), somewhere between 7 and 8.45 in the morning, the appellants partially demolished the building. Injunction proceedings were then taken restraining the appellants from completing the demolition and this order continues to this date.

Chacune des cours d'instance inférieure a conclu que les appelants connaissaient les mesures adoptées par le conseil municipal d'Ottawa à son assemblée du 19 septembre, et il y a suffisamment d'éléments de preuve au dossier pour appuyer les conclusions concordantes que les appelants savaient que le conseil de l'intimée avait rejeté la demande de permis de démolition. Ces éléments de preuve peuvent être résumés brièvement comme suit:

a) Deux des syndics des appelants ont assisté à l'assemblée du conseil du 19 septembre;

b) Avant la tenue de cette assemblée, le secrétaire des appelants a passé en revue les projets de recommandation que le conseil a ratifiés dans le règlement 261;

c) Suite aux directives du conseil d'administration, le secrétaire des appelants a fait parvenir une lettre au conseil intimé relativement au projet d'expropriation du bien; le conseil intimé a reçu cette lettre et l'a examinée au cours de l'assemblée du 19 septembre. Cette lettre stipule notamment ce qui suit: [TRADUCTION] «Les syndics de l'église s'opposent à la recommandation du Bureau des commissaires et de la Commission de l'urbanisme d'Ottawa concernant l'expropriation . . . »;

d) Le secrétaire des appelants a lu les comptes rendus des journaux du 20 septembre 1979 concernant l'assemblée tenue le 19 septembre par le conseil intimé.

Avant de retourner aux problèmes d'interprétation que soulève l'art. 34, on peut achever brièvement le récit de la suite des événements. Le 26 octobre, les intimés ont tenté de signifier aux appelants un avis, y compris une copie du procès-verbal de l'assemblée du conseil du 19 septembre, mais une personne qui se trouvait à l'église a refusé que ces documents lui soient signifiés. Le lendemain matin (le samedi 27 octobre), entre 7 h et 8 h 45, les appelants ont démoli en partie l'édifice. Une demande d'injonction a alors été faite pour empêcher les appelants d'achever la démolition, et l'ordonnance rendue est toujours en vigueur.

I return to the question of the proper application of the provisions of s. 34, *supra*, in these proceedings. *The Ontario Heritage Act*, *supra*, sets forth a procedure whereby municipalities may designate properties within their boundaries as being of historic or architectural value or interest and thereafter may take proceedings to acquire such properties for permanent preservation. Section 29 of the Act was invoked by the respondent upon the passage of By-law 157-79 in connection with the property in question. The succeeding sections of the Act then provide for the care, custody and ownership of the designated property. Section 34, for example, prohibits demolition except on authorization issued pursuant to that section and thereafter the Council shall either permit or refuse demolition and if the former, shall repeal the by-law designating the property under s. 29. Under s. 36 the Council may acquire by purchase, expropriation or otherwise any property designated under the statute.

The appellants here made application under s. 34(1) for approval of demolition. The application was denied. No notice in the sense of a written notice was given to the appellants by the respondent within the ninety-day period nor did the respondent cause any notice of its decision to be published in a newspaper in the City of Ottawa. In the facts of this case we have only the knowledge of the appellants of the refusal of the application as so found by the courts below, within the ninety-day period. Problems immediately arise relative to the effect:

> (1) in law of the failure to deliver written notice to the owner under 2(*c*); and,
>
> (2) of the deeming provision in subs. (3) which says in essence:
>
> > where the council fails to notify the applicant of its decision within ninety days after the notice of receipt is served on the applicant . . . council shall be deemed to have consented to the application.

It is to be noted at once that the terminology with respect to notice under subs. (2) is different from that of subs. (3). In subsection (2) the Council "shall cause notice . . . to be given" to the owner

Je reviens à la question de l'application régulière, en l'espèce, des dispositions de l'art. 34 précité. *The Ontario Heritage Act*, précitée, énonce une procédure suivant laquelle les municipalités peuvent désigner des biens situés sur leur territoire comme ayant une valeur historique ou architecturale et peuvent par la suite prendre des mesures pour acquérir ces biens afin de les préserver en permanence. Lorsqu'il a adopté le règlement 157-79 relativement au bien en question, l'intimé a invoqué l'art. 29 de la Loi. Les articles suivants de la Loi renferment des dispositions pour la conservation, la garde et la propriété du bien désigné. L'article 34, par exemple, interdit la démolition à moins qu'une autorisation de démolir ne soit délivrée conformément à cet article, et, par la suite, le conseil doit permettre ou refuser la démolition et, s'il la permet, il doit abroger le règlement qui désigne le bien conformément à l'art. 29. En vertu de l'art. 36, le conseil peut acquérir, par voie d'achat, d'expropriation ou autrement, tout bien désigné en vertu de la Loi.

En l'espèce, les appelants ont demandé, conformément au par. 34(1), la permission de démolir l'édifice. Cette demande a été rejetée. L'intimé n'a donné aucun avis écrit aux appelants dans le délai de quatre-vingt-dix jours et n'a fait publier aucun avis de sa décision dans un journal qui paraît dans la ville d'Ottawa. Suivant les faits en l'espèce, la seule connaissance que les appelants ont eue du rejet de leur demande dans le délai de quatre-vingt-dix jours est celle à laquelle ont conclu les cours d'instance inférieure. Des problèmes se posent immédiatement quant à l'effet

> 1) en droit, de l'omission de donner au propriétaire l'avis écrit prévu à l'al. (2)*c*); et
>
> 2) de la présomption du par. (3) qui dit en substance:
>
> > [TRADUCTION] lorsque le conseil omet d'aviser le requérant de sa décision dans les quatre-vingt-dix jours de la signification au requérant de l'accusé de réception . . . le conseil est réputé avoir acquiescé à la demande.

Il faut d'abord remarquer que les termes utilisés au par. (2) relativement à l'avis sont différents de ceux utilisés au par. (3). Au paragraphe (2), le conseil «doit faire en sorte qu'un avis . . . soit

and in subs. (3) the provision is: "where the council fails to notify the applicant" within ninety days after "notice of receipt is served on the applicant". There would appear to be a distinction between notice being given to the owner in subs. (2) and the requirement of notification to the applicant under subs. (3). Furthermore, the notice of receipt issued by the council must be "served" on the applicant under subs. (3). The verb 'to serve' is not employed in subs. (2). A similar contrast can be found with s. 29(3) which requires the Council to "serve" the notice of intention to designate the property in the first place.

Another problem arises from the phraseology employed by the Legislature in subs. (2)(*b*). This provision requires the Council to act within ninety days of receipt of the application by either consenting to or refusing the application. Clause (*b*) may go further and require a decision to prohibit demolition apart from the refusal of the application for demolition. The subsection reads: "The council ... shall ... refuse the application and prohibit any work to demolish ... [the] building ... for a period of 180 days ..." Counsel for the appellants urged an interpretation whereby the conjunctive 'and' would be read as splitting the decision into two parts and requiring the Council not only to announce a refusal of the application but to announce a prohibition of demolition for 180 days. Here the by-law simply refuses the application for demolition. It would, in my view, put an undue strain on the language adopted by the Legislature to require the municipality when denying the application to go further and repeat the entire subs. 2(*b*). It is to be noted that in subs. (5)(*b*), when the 180-day period has expired, Council shall repeal the designating by-law. This clearly lays out a statutory scheme whereby the effect of a refusal of an application to demolish is to sterilize the property for a period of 180 days at the end of which, failing other authorized action by the Council, the Council must repeal the designating by-law. In my view, a proper construction of subs. (2)(*b*) does not require Council to decide on a refusal of a demolition application to prohibit demolition for 180 days; that result flows from the

communiqué» au propriétaire, et le par. (3) dit: «lorsque le conseil omet d'aviser le requérant» dans les quatre-vingt-dix jours «de la signification au requérant de l'accusé de réception». Il semble y avoir une distinction entre l'avis donné au propriétaire au par. (2) et l'obligation d'aviser le requérant en vertu du par. (3). En outre, en vertu du par. (3), il doit y avoir «signification» au requérant de l'accusé de réception délivré par le conseil. Le paragraphe (2) n'emploie pas le substantif «signification». On trouve une différence semblable au par. 29(3) qui oblige le conseil à «signifier» d'abord l'avis de l'intention de désigner le bien.

Un autre problème découle des termes qu'emploie le législateur à l'al. (2)*b*). Cette disposition oblige le conseil à agir dans les quatre-vingt-dix jours de la réception de la demande en acquiesçant à la demande ou en la refusant. L'alinéa *b*) peut aller plus loin et exiger une décision d'interdire la démolition, en plus du refus de la demande de permis de démolition. Cet alinéa dit: « ... le conseil doit ... refuser la demande et interdire tous travaux de démolition ... [de l'] édifice ... pour une période de 180 jours ...» L'avocat des appelants a préconisé une interprétation suivant laquelle la conjonction «et» doit s'interpréter comme scindant en deux parties la décision et comme exigeant du conseil qu'il annonce non seulement le refus de la demande mais également une interdiction de démolir pour une période de 180 jours. En l'espèce, le règlement refuse simplement le permis de démolition. A mon avis, ce serait dénaturer le sens des mots utilisés par le législateur que d'exiger de la municipalité, lorsqu'elle refuse une demande, d'aller plus loin et de répéter en entier l'al. (2)*b*). On doit remarquer qu'en vertu de l'al. (5)*b*), le conseil doit abroger le règlement de désignation lorsque la période de 180 jours est expirée. Cela trace évidemment un plan suivant lequel le refus d'une demande de permis de démolition a pour effet de geler le bien pour une période de 180 jours à l'expiration de laquelle, à défaut d'une autre mesure que le conseil est autorisé à prendre, le conseil doit abroger le règlement de désignation. A mon avis, l'interprétation qu'il convient de donner à l'al. (2)*b*) n'exige pas du conseil qu'il décide, lorsqu'il refuse une demande de permis de démolition, d'interdire la démolition

decision of denial of the application.

Subsection (2) goes on to require the Council, upon reaching a decision under clauses (*a*) or (*b*), to cause "notice" of this decision (and I note the word decision is in the singular) "to be given to the owner" and "to be published in a newspaper". There is no requirement that the notice be in writing or that it be "served" on the owner. Nor indeed is there any requirement that the Council actually insert notice in a newspaper by way of advertisement or otherwise, but simply to cause notice to be published in a newspaper. Here the decision was indeed published in the newspaper and the evidence indicates one or more officers or trustees of the appellants saw the newspaper. I do not believe that the intention of the Legislature was to allow casual newspaper reports not "caused" by the Council to suffice as notice under subs. (2)(*d*). What therefore is the effect of the failure by Council to insert a notice of its decision in a local newspaper? I share the view, with respect, of the courts below that subs. (2)(*d*) is directory only and that its failure to publish in a local newspaper does not operate to invalidate the decision to deny the application for demolition authority.

As to the effect of subs. (2)(*c*) some help can be obtained by reading that provision in conjunction with subs. (3). Both subsections require the Council to cause a notice to be given to the owner or to notify the owner of the decision of the Council within the ninety-day period. Subsection (3) goes on to provide that upon failure to notify the applicant within the prescribed period "the council shall be deemed to have consented". The deeming, be it noted, runs only to the requirement of notice under subs. (2)(*c*) and not publication under (2)(*d*). What then is the proper meaning in these circumstances of the deeming provision in subs. (3)? In *Hickey v. Stalker* (1923), 53 O.L.R. 414, [1924] 1 D.L.R. 440 (C.A.), Middleton J. was called upon to construe the meaning of the word "deemed". His Lordship pointed out that the word imported one of two meanings, that is to say it meant either

pour une période de 180 jours; ce résultat découle de la décision de refuser la demande.

Le paragraphe (2) oblige également le conseil, lorsqu'il prend une décision suivant les al. *a*) ou *b*), à faire en sorte qu'un «avis» de cette décision (et je fais remarquer que le terme décision est au singulier) «soit communiqué au propriétaire» et «soit publié dans un journal». Il n'exige pas que l'avis soit écrit ou qu'il soit «signifié» au propriétaire. Il n'exige pas non plus que le conseil insère effectivement l'avis dans un journal au moyen d'une annonce ou autrement, mais simplement qu'il fasse en sorte que l'avis soit publié dans un journal. En l'espèce, la décision a effectivement été publiée dans un journal et la preuve révèle qu'au moins un des syndics ou représentants des appelants a vu le journal. Je ne crois pas que le législateur ait voulu permettre qu'un article fortuit dans un journal, que le conseil n'a pas «fait publier», soit un avis suffisant en vertu de l'al. (2)*d*). Quel est, en conséquence, l'effet de l'omission, par le conseil, d'insérer un avis de sa décision dans un journal local? Avec égards, je partage l'avis des cours d'instance inférieure que l'al. (2)*d*) sert seulement de ligne directive et que l'omission de publier l'avis dans un journal local n'a pas pour effet d'invalider la décision de refuser la demande de permis de démolition.

Quant à l'effet de l'al. (2)*c*), il peut nous aider lorsqu'on lit cette disposition de concert avec le par. (3). Ces deux paragraphes obligent le conseil à faire en sorte qu'un avis de sa décision soit donné au propriétaire ou à en aviser le propriétaire dans les quatre-vingt-dix jours. Le paragraphe (3) prévoit aussi qu'en cas d'omission d'aviser le requérant dans le délai prescrit, «le conseil est réputé avoir acquiescé». Cette présomption, doit-on remarquer, s'applique uniquement à l'obligation de donner avis prévue à l'al. (2)*c*) et non à la publication prévue à l'al. (2)*d*). Quel est alors, dans les circonstances, le sens véritable de la présomption établie au par. (3)? Dans l'arrêt *Hickey v. Stalker* (1923), 53 O.L.R. 414, [1924] 1 D.L.R. 440 (C.A.), le juge Middleton était appelé à interpréter le sens du terme «réputé». Sa Seigneurie a souligné que ce terme pouvait avoir deux sens, soit

"deemed conclusively" or "deemed until the contrary is proved", and then continued at p. 419:

I think this modified meaning should be given to the word as found in our statute, for it will not only save the legislation from being unjust but also from being absurd. That it is the duty of the Court, in seeking the true legislative intention of an Act, which undoubtedly is the sole duty of the Court, to regard the possible consequences of alternative constructions of ambiguous expressions, has been determined in many cases.

In this Court, Cartwright J., as he then was, on behalf of himself and Chief Justice Kerwin, adopted the interpretation of Middleton J. in the case of *Gray v. Kerslake*, [1958] S.C.R. 3. His Lordship stated at p. 9:

In the case at bar, and in many cases which can easily be imagined, to construe the word "deemed" in s. 134(1) as "held conclusively" would be to impute to the Legislature the intention (i) of requiring the Court to hold to be the fact something directly contrary to the true fact, . . .

In that case the Court was concerned with the interpretation of a section of *The Insurance Act*, R.S.O. 1950, c. 183, which said:

**134.**—(1) A contract is deemed to be made in the Province:

(*a*) if the place of residence of the insured is stated in the application or the policy to be in the Province . . . .

On the facts of that case the contract of insurance was made and was to be performed wholly outside the province. The contrary to the presumptive conclusion was proved and in fact admitted in the proceedings. The Court declined to apply the conclusive interpretation to the word 'deemed'. The other members of the Court did not express an opinion on this aspect of the case.

The only reference in the statute to the mechanics of notice is to be found in s. 67(1) which provides:

**67.**—(1) Any notice or order required to be given, delivered or served under this Act or the regulations is sufficiently given, delivered or served if delivered per-

«péremptoirement réputé», soit «réputé jusqu'à preuve du contraire», et a poursuivi en disant, à la p. 419:

[TRADUCTION] Je crois que c'est ce sens modifié qu'il faut donner à ce mot qui figure dans notre loi, lui évitant ainsi d'être non seulement injuste mais absurde. De nombreux arrêts ont décrété que, lorsqu'elle doit décider de la véritable intention législative d'une loi, la Cour a le devoir, et c'est incontestablement son seul devoir, d'évaluer les conséquences possibles des diverses interprétations d'expressions ambiguës.

Le juge Cartwright, alors juge puîné, dans les motifs qu'il a rédigés dans l'arrêt de cette Cour *Gray c. Kerslake*, [1958] R.C.S. 3, et auxquels a souscrit le juge en chef Kerwin, a adopté l'interprétation du juge Middleton. Sa Seigneurie dit à la p. 9:

[TRADUCTION] Dans l'affaire en instance, ainsi que dans plusieurs autres affaires faciles à imaginer, interpréter le mot «réputé» figurant à l'article 134(1) comme signifiant «péremptoirement réputé» reviendrait à attribuer au législateur l'intention (i) d'exiger que la Cour reconnaisse comme vraie une chose nettement contraire à la vérité . . .

Dans cette affaire, il s'agissait pour la Cour d'interpréter un article de *The Insurance Act*, R.S.O. 1950, chap. 183, qui disait:

[TRADUCTION] **134.**—(1) Un contrat est réputé avoir été conclu dans la province,

*a*) s'il est déclaré dans la demande ou dans le contrat d'assurance que le lieu de résidence de l'assuré est dans la province . . .

Dans cette affaire, le contrat d'assurance avait été conclu et devait être exécuté entièrement à l'extérieur de la province. On avait fait une preuve contraire à la présomption et, en fait, la conclusion contraire avait été admise au cours de procédures. La Cour a refusé d'interpréter le terme «réputé» comme étant péremptoire. Les autres membres de la Cour ne se sont pas prononcés sur cet aspect de l'affaire.

La seule mention dans la Loi du mécanisme de l'avis se trouve au par. 67(1) qui prévoit:

[TRADUCTION] **67.**—(1) La signification ou la remise d'un avis ou d'une ordonnance en vertu de la présente loi est valable si elle est faite personnellement ou par cour-

sonally or sent by registered mail addressed to the person to whom delivery or service is required to be made at his last known address.

This provision I find to be of no help because it again does not specify whether the notice is required to be in writing and uses all three verbs—given, delivered or served—when providing that the notice is sufficiently given, delivered or served "if delivered personally". The stipulation that notice "is sufficiently given ... if delivered personally" does not modify the requirement beyond that stated in s. 34(2)(*c*) that "notice ... be given". The question therefore reduces itself to whether or not knowledge can be equated with notice, for we have here a finding in the courts below of knowledge. Section 10 of *The Interpretation Act*, R.S.O. 1970, c. 225, requires that all statutes be given "such fair, large and liberal construction and interpretation as will best ensure the attainment of the object of the Act according to its true intent, meaning and spirit". In this appeal we are concerned with a statute of general effect clearly enacted for the benefit of the public at large and which establishes a simple procedure whereby both the public interest and the interest of the owner of the property in question can be served. Here, on the facts as found by the courts below, the owners of the property fully participated in the process inaugurated and carried forward under the provisions of *The Ontario Heritage Act*. There is no question of lack of knowledge, consultation or participation by the appellants at any stage of the process, either from its beginnings when designation occurred or where expropriation was undertaken in opposition to the written pleas of the appellants. In these circumstances, in my view, the statute is fairly and properly interpreted when knowledge is indeed equated with notice. The deeming provision in subs. (3) should, in my view, be interpreted as "deemed to be so until the contrary is proved". Here the appellant owners were given notice by their presence at the Council meeting in question and thus both literally and substantially the Council did "cause notice of its decision to be given to the owner". The owner was fully apprised of the decision and hence has received "notice" thereof, albeit informally and not in writing.

rier recommandé adressé à la personne à qui elle doit être faite à sa dernière adresse connue.

J'estime que cette disposition n'est d'aucun secours parce que, là encore, elle ne précise pas si l'avis doit être écrit et qu'elle emploie les termes signification et remise, lorsqu'elle dit que la signification ou la remise est valable «si elle est faite personnellement». La disposition portant que la signification ou la remise d'un avis «est valable si elle est faite personnellement» n'ajoute rien à l'exigence de l'al. 34(2)*c*) qu'«un avis ... soit communiqué». La question se réduit par conséquent à savoir si la connaissance peut équivaloir à l'avis, puisque en l'espèce les cours d'instance inférieure ont conclu à la connaissance. L'article 10 de *The Interpretation Act*, R.S.O. 1970, chap. 225, exige que toute loi fasse l'objet [TRADUCTION] «d'une interprétation large, juste et libérale, afin d'assurer la réalisation de son objet selon son sens, son intention et son esprit véritables». Il s'agit en l'espèce d'une loi d'intérêt général qui a évidemment été adoptée à l'avantage du grand public et qui établit une procédure simple destinée à servir à la fois les intérêts du public et ceux du propriétaire du bien. En l'espèce, suivant les faits constatés par les cours d'instance inférieure, les propriétaires du bien ont pleinement participé aux procédures instituées et exécutées en vertu des dispositions de *The Ontario Heritage Act*. Il n'est pas question d'absence de connaissance, de consultation ou de participation de la part des appelants à aucune étape des procédures, que ce soit au tout début à l'étape de la désignation ou lorsqu'a été entreprise la procédure d'expropriation à l'encontre des plaidoyers écrits des appelants. Dans ces circonstances, j'estime qu'on interprète la Loi de façon juste et appropriée lorsqu'on dit que la connaissance équivaut à un avis. Il y a lieu à mon avis d'interpréter la présomption du par. (3) comme signifiant «réputé jusqu'à preuve du contraire». En l'espèce, les propriétaires appelants ont reçu l'avis du fait qu'ils étaient présents à l'assemblée du conseil en question et ainsi, le conseil a, littéralement et en substance, «fai[t] en sorte qu'un avis de sa décision soit communiqué au propriétaire». Le propriétaire était parfaitement informé de la décision et, partant, il en a reçu «avis» bien que ce ne soit pas de façon officielle ni par écrit.

The Council, having taken the necessary step in denying the application for authority to demolish, proceeded in accordance with the statutory directives by undertaking expropriation by by-law pursuant to s. 36 of the Act. The Council therefore is not required by s. 34(5) to repeal the designating by-law, the appropriate action having been taken within the prescribed ninety-day period.

Finally, it was submitted by counsel for the appellants that in order for the action of Council to be decisive, it must be announced in the manner prescribed by subs. (2) in order to "bind" the city and in order to fix the time for the commencement of the running of the 180-day period within subs. (2)(*b*). We are not here concerned with the situation which would result in the event a council of a municipality were to repeal the rejection by-law. Until By-law 261-79 has been repealed, the City is, in the sense of the argument, "bound" by its decision. It follows that under subs. (2)(*b*) the 180-day period automatically commenced to run with the refusal of the application for the demolition permit.

For these reasons I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal allowed with costs*, ESTEY J. *dissenting.*

*Solicitors for the appellants: Vice and Hunter, Ottawa.*

*Solicitor for the respondents: D. V. Hambling, Ottawa.*

Le conseil, qui a pris les mesures nécessaires en refusant la demande de permission de démolir, a procédé conformément aux directives prévues par la Loi en entreprenant l'expropriation par voie de règlement conformément à l'art. 36 de la Loi. Par conséquent, le conseil n'est pas tenu en vertu du par. 34(5) d'abroger le règlement de désignation puisqu'il a pris les mesures appropriées avant l'expiration de la période prescrite de quatre-vingt-dix jours.

Enfin, l'avocat des appelants a fait valoir que, pour que la mesure prise par le conseil soit décisive, elle doit être annoncée de la manière prescrite au par. (2) pour «lier» la ville et pour déterminer la date à laquelle la période de 180 jours mentionnée à l'al. (2)*b*) commence à courir. Il ne nous appartient pas ici d'examiner la situation qui se poserait si le conseil d'une municipalité abrogeait le règlement qui rejette une demande de permis de démolition. Jusqu'à ce que soit abrogé le règlement 261-79, la ville est, au sens de cet argument, «liée» par sa décision. Il s'ensuit qu'en vertu de l'al. (2)*b*), la période de 180 jours a commencé automatiquement à courir dès le rejet de la demande de permis de démolition.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi accueilli avec dépens, le juge* ESTEY *est dissident.*

*Procureurs des appelants: Vice and Hunter, Ottawa.*

*Procureur des intimés: D.V. Hambling, Ottawa.*

**Corpex (1977) Inc.** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen in right of Canada** *Respondent.*

File No.: 15996.

1981: March 24, 25; 1982: November 23.

Present: Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Crown — Contract — Construction of dam — Bid based on incomplete information — Mistake as to nature of soil — Work in addition to that provided for in plans and specifications — Delays — Additional costs — Whether contractor can be compensated — Whether contract may be annuled.*

By a contract for the lease and hire of work by estimate and contract, appellant undertook to build a dam. On completing the work, it brought an action against respondent claiming to be reimbursed for (1) the additional costs of pumping resulting from a mistake as to the nature of the soil, and (2) the costs resulting from delays caused by the performance of work in addition to that provided for in the plans and specifications, ordered by the engineer of respondent pursuant to the contract. For her part, respondent maintained that she only owed the sum of $32,796. The Federal Court, Trial Division, refused to annul the contract and allowed the action. The Court of Appeal reversed the judgment, allowing the action for the uncontested amount only.

*Held*: The appeal should be allowed in part.

The contract could not be annuled. Clause 12 of the General Conditions applied to the case of a contractor who relied on information contained in the plans and specifications regarding the nature of the soil in preparing his bid, in light of the work provided for in the plans and specifications. It enabled the parties to renegotiate all or part of the contract on the terms which it stipulated. A contractor was thus practically certain of being compensated for additional costs if it complied with the provisions of that clause. However, in the case at bar appellant did not send respondent the notice required by clause 12, and the latter therefore could not have foreseen a claim in this regard.

As regards the costs claimed under the second item — the costs of operating a dewatering system during the delays, cost increases due to the performance of work

**Corpex (1977) Inc.** *Appelante*;

et

**Sa Majesté La Reine du chef du Canada** *Intimée.*

N° du greffe: 15996.

1981: 24, 25 mars; 1982: 23 novembre.

Présents: Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Couronne — Contrat — Construction d'un barrage — Soumission basée sur des renseignements incomplets — Erreur sur la nature du sol — Travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis — Retards — Coûts supplémentaires — L'entrepreneur peut-il être indemnisé? — Le contrat est-il annulable?*

L'appelante s'est engagée par contrat de louage d'ouvrage par devis et marché à construire un barrage. A la fin des travaux, elle a intenté une action contre l'intimée pour se faire rembourser (1) les coûts additionnels de pompage occasionnés par une erreur sur la nature du sol et (2) les coûts résultant des retards causés par l'accomplissement de travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis commandés par l'ingénieur de l'intimée conformément au contrat. L'intimée, pour sa part, ne reconnaît devoir qu'une somme de $32,796. La Division de première instance de la Cour fédérale a refusé d'annuler le contrat et a maintenu l'action. La Cour d'appel a infirmé le jugement en ne maintenant l'action que pour la somme non contestée.

*Arrêt*: Le pourvoi est accueilli en partie.

Le contrat ne peut être annulé. L'article 12 des Conditions générales règle le cas d'un entrepreneur qui se base sur les renseignements contenus aux plans et devis relativement à la nature du sol pour l'établissement de sa soumission dans le cadre des travaux prévus aux plans et devis. Il permet aux parties de renégocier le contrat en tout ou en partie aux conditions qu'il prescrit. Un entrepreneur est donc pratiquement assuré d'être indemnisé pour les coûts excédentaires s'il observe les conditions de cet article. Toutefois, en l'espèce, l'appelante n'a pas envoyé à l'intimée l'avis prévu à l'article 12. Cette dernière ne pouvait donc prévoir de réclamation sous ce chef.

Quant aux coûts réclamés en vertu du second chef— soit les coûts d'opération du système d'assèchement durant les délais, l'augmentation des coûts due à l'exécu-

during the winter and wage increases due to delays — they all related to work in addition to that provided for in the plans and specifications, the cost of which must be reimbursed under clauses 38 and 46 of the General Conditions, clause II(1)(e) of the contract and clauses 1 and 2 of the Terms of Payment. The purpose of these provisions was to ensure the contractor that, in the event he cannot reach agreement, he will be compensated with regard to work on which he made no bid but which he is required to perform. These provisions thus have a similar purpose to clause 12, namely to encourage full completion of the contract and compensation for the contractor. The contractor's right to compensation did not depend on the discretion of the engineer, any more than the quantum of such compensation, which was calculated in accordance with clause 46.

*Eastern Construction Ld. v. City of Montreal* (1936), 74 C.S. 196; *J. E. Brazeau Ltée v. Ville de Pierrefonds*, [1970] C.S. 282; *Sera Inc. v. Hydro-Semence Inc.*, [1976] C.S. 331; *United Shoe Machinery Company of Canada v. Brunet*, [1909] A.C. 330; *La Cie J.A. Gosselin Ltée v. Péloquin and Blanchett*, [1957] S.C.R. 15; *R. v. Paradis & Farley Inc.*, [1942] S.C.R. 10; *Atlas Construction Co. v. City of Montreal*, [1954] C.S. 350, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal[1], reversing a judgment of the Trial Division[2]. Appeal allowed in part.

*Jean Lefrançois*, for the appellant.

*Jean-Claude Ruelland, Q.C.*, and *Jean-Marc Aubry*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.—This is an action for $489,277.89 brought by an excavation and construction contractor following the performance of a contract for the lease or hire of work by estimate and contract. The contractor is claiming, first, the costs occasioned by a mistake as to the nature of the soil, and second, the costs resulting from delays caused by the performance of work in addition to that provided for in the plans and specifications. The claim also relates to an amount of $21,249.87 which, in her defence, respondent admitted owing appellant. Respondent further admitted owing

[1] File No. T-4245-74, November 20, 1978.
[2] File No. A-668-78, December 27, 1979.

tion des travaux durant l'hiver et l'augmentation des salaires due aux délais—ils sont tous relatifs à des travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis et remboursables en vertu des articles 38 et 46 des Conditions générales, de l'article II(1)e) du contrat et des articles 1 et 2 des Modalités de paiement. Le but de ces dispositions est d'assurer qu'un entrepreneur, à défaut d'entente, sera indemnisé relativement à des travaux pour lesquels il n'a pas fait de soumission mais qu'il est obligé d'exécuter. Ces dispositions visent donc un but analogue à celui de l'article 12 soit à favoriser l'exécution complète du contrat et l'indemnisation de l'entrepreneur. Le droit de l'entrepreneur à une indemnisation ne dépend pas du bon vouloir de l'ingénieur, pas plus que le quantum de cette indemnisation qui est calculé en conformité avec l'article 46.

Jurisprudence: *Eastern Construction Ld. c. City of Montreal* (1936), 74 C.S. 196; *J. E. Brazeau Ltée c. Ville de Pierrefonds*, [1970] C.S. 282; *Sera Inc. c. Hydro-Semence Inc.*, [1976] C.S. 331; *United Shoe Machinery Company of Canada v. Brunet*, [1909] A.C. 330; *La Cie J. A. Gosselin Ltée c. Péloquin and Blanchett*, [1957] R.C.S. 15; *R. c. Paradis & Farley Inc.*, [1942] R.C.S. 10; *Atlas Construction Co. c. City of Montreal*, [1954] C.S. 350.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale[1], qui a infirmé un jugement de la Division de première instance[2]. Pourvoi accueilli en partie.

*Jean Lefrançois*, pour l'appelante.

*Jean-Claude Ruelland, c.r.*, et *Jean-Marc Aubry*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—Il s'agit d'une action de 489,277.89$ intentée par un entrepreneur en excavation et en construction suite à l'exécution d'un contrat de louage d'ouvrage par devis et marché. L'entrepreneur réclame d'une part, les coûts occasionnés par une erreur sur la nature du sol et, d'autre part, les coûts résultant de retards causés par l'accomplissement de travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis. La réclamation porte également sur une somme de 21,249.87$ que dans sa défense l'intimée reconnaît devoir à l'appelante. L'intimée reconnaît de plus devoir à l'appelante

[1] N° du greffe T-4245-74, 20 novembre 1978.
[2] N° du greffe A-668-78, 27 décembre 1979.

appellant the sum of $8,547.09 plus 10 per cent of the latter two amounts.

Before proceedings were instituted, and after some negotiation, respondent offered the contractor the sum of $55,667.78 to avoid a court action, but the contractor declined.

Walsh J. of the Federal Court Trial Division allowed the action on the two principal items and the uncontested amount, making a total award of $182,809, with interest commencing December 5, 1974, and costs. However, Pratte and Le Dain JJ. and Hyde D.J. of the Federal Court of Appeal reversed this judgment, allowing the action for the uncontested amount only.

The contractor was Simard-Beaudry Inc., the plaintiff at first instance. It was succeeded by appellant as the result of a company merger. In these reasons, they will both be referred to as the *Contractor*. Respondent will be referred to as the *Owner*.

I—The facts

Both parties accept in general the detailed statement given by the trial judge in a very elaborate judgment; however, this judgment has not been published and it is necessary to summarize the circumstances which gave rise to the case.

1. The contract

On November 10, 1967, following a call for tenders and bids, the parties signed an agreement whereby the *Contractor* undertook to build a dam for the *Owner* in accordance with plans and specifications. Work had started a few days earlier, on November 7, 1967.

The work in question is a reinforced concrete spillway dam intended to lock the water of the St. Charles River at Quebec City, in order to keep it at a constant level. It is located near the mouth of the river underneath the Samson Bridge, used for motor vehicle traffic, and an almost immediately adjacent CN bridge.

The method proposed by the *Contractor* for building the dam was not the one suggested origi-

une somme de 8,547.09$ plus 10 pour 100 de ces deux derniers montants.

Avant que des procédures ne soient intentées et suite à divers pourparlers, l'intimée a offert à l'entrepreneur la somme de 55,667.78$ pour prévenir le litige, mais l'entrepreneur a décliné.

Le juge Walsh de la Division de première instance de la Cour fédérale a maintenu l'action quant aux deux chefs principaux et quant à la somme non contestée pour un montant global de 182,809$ avec intérêts à compter du 5 décembre 1974, et les dépens. Mais les juges Pratte, Le Dain et le juge suppléant Hyde de la Cour d'appel fédérale ont infirmé ce jugement en ne maintenant l'action que pour la somme non contestée.

L'entrepreneur était Simard-Beaudry Inc., demanderesse en première instance. L'appelante lui a succédé par suite d'une fusion de compagnies. Dans ces motifs, elles sont l'une et l'autre désignées par le terme l'*Entrepreneur*. L'intimée est désignée par le terme le *Propriétaire*.

I—Les faits

Les deux parties acceptent généralement l'exposé circonstancié que donne le premier juge dans un jugement fort élaboré. Mais ce jugement est resté inédit et il y a lieu de résumer les circonstances qui ont donné lieu au litige.

1. Le contrat

Le 10 novembre 1967, suite à un appel d'offres et à des soumissions, les parties signent une convention par laquelle l'*Entrepreneur* s'engage vis-à-vis le *Propriétaire* à construire un barrage suivant plans et devis. Les travaux avaient commencé quelques jours auparavant, soit le 7 novembre 1967.

L'ouvrage en question est un barrage-déversoir en béton armé destiné à écluser les eaux de la rivière Saint-Charles à Québec, pour les maintenir à un niveau constant. Il est situé près de l'embouchure de la rivière sous le pont Samson, destiné à la circulation des véhicules automobiles, et un pont presque contigu des Chemins de fer nationaux.

La méthode proposée par l'*Entrepreneur* pour construire le barrage n'était pas celle qui avait été

nally, but it was approved by the *Owner* and was in fact that employed. It consisted essentially of dewatering the river at the work site in two stages. In the first stage, it required, building a coffer-dam or temporary moraine dyke around the site on half the river. When this coffer-dam had been completed, it was planned to proceed with dewatering the site using a double system of pumps: individual pumps would pump off the surface water (river water, rain, snow and seepage through the moraine dyke); and a system of well-point pumps fixed in the ground would pump off the subterranean water and lower the water table below a certain level. This would provide the dry conditions needed to build half the dam. After completing this work, the same procedure had to be repeated on the other side of the river to build the other half of the dam. These two stages had of necessity to be consecutive, as of course the river could not be blocked along its entire width.

The contract estimated the total cost of the work at $1,654,660, that is $1,353,051 at unit prices and $301,609 at a fixed price. The fixed price was intended primarily to defray the cost of the coffer-dam and pumping, but it also included the cost of a sluice and a temporary office.

2. The nature of the soil

In order to determine the cost of pumping, the *Contractor* and the dewatering experts whose equipment and services were hired had to have as accurate information as possible on the nature and permeability of the soil in the river bed. All that the plans show is the result of two borings which each bear the following description:

> Fine sand, slightly organic, with boulders.

However, the plans and specifications do not indicate what system of sand classification was used in describing the sand as "fine". Several systems of classification exist, including the M.I.T. (Massachusetts Institute of Technology) system which, according to the *Contractor*'s expert witness, is the most commonly used in Canada, and

suggérée à l'origine, mais elle fut acceptée par le *Propriétaire* et ce fut celle que l'on a effectivement suivie. Elle consistait essentiellement en l'assèchement de la rivière, en deux phases, à l'emplacement des travaux. On devait d'abord construire un batardeau ou digue provisoire de moraine ceinturant le chantier sur la moitié de la rivière durant la première phase. Cette digue achevée, il était prévu que l'on procéderait à l'assèchement du chantier au moyen d'un double système de pompes: des pompes individuelles devaient pomper les eaux de surface, (eaux de la rivière, pluie, neige, infiltrations à travers la digue de moraine); un réseau de pompes filtrantes fichées dans le sol devait pomper les eaux souterraines et abaisser la nappe phréatique au-dessous d'un certain niveau. On pouvait ainsi travailler à sec pour construire la moitié du barrage. Ce travail terminé, il fallait recommencer la même procédure de l'autre côté de la rivière pour construire l'autre moitié du barrage. Ces deux phases devaient nécessairement être consécutives car on ne pouvait évidemment bloquer la rivière sur toute sa largeur.

Le contrat estime à 1,654,660$ le prix total de l'ouvrage, dont 1,353,051$ à prix unitaires et 301,609$ à prix fixe. Le prix fixe est destiné principalement à défrayer le coût du batardeau et du pompage, mais il comprend également le coût d'une vanne et d'un bureau temporaire.

2. La nature du sol

Pour déterminer le coût du pompage, il importait à l'*Entrepreneur* et aux experts en assèchement dont il louait l'équipement et les services, d'être renseignés aussi précisément que possible sur la nature et la perméabilité du sol dans le lit de la rivière. Tout ce dont les plans font état est le résultat de deux forages qui portent chacun la description suivante:

> Sable fin, légèrement organique et roches.

Les plans et devis ne mentionnent cependant pas quel système de classification des sables on avait employé pour qualifier le sable de «sable fin». Or il existe plusieurs sytèmes de classification, dont celui du M.I.T. (Massachusetts Institute of Technology) qui, selon l'expert de l'*Entrepreneur*, est le plus communément employé au Canada, et le Sys-

the Casagrande Unified System. However, what is described as "fine sand" under the Casagrande Unified System is described as "medium sand" under the M.I.T. classification system.

The *Contractor* and his experts assumed that the M.I.T. classification system had been used, but they were mistaken. Under that classification, the sand from the river bed proved to be medium and not fine sand. The soil was accordingly much more permeable than the *Contractor* and his experts had expected.

Before the bids, a representative of the *Contractor* contacted Dupuis and Girard, a firm of consulting engineers who had prepared the plans and specifications. He asked an engineer of this firm whether they had any further information regarding the nature of the soil. The engineer told him that all the available information was in the data from the two borings referred to in the plans.

This answer was false. As only became apparent much later, during the hearing at first instance, the consulting engineers Dupuis and Girard had made a study of the soil in 1965 and had in their possession since April 1965 granulometric analyses the result of which, if it had been given to the *Contractor* and his experts, would have prevented the mistake they made.

Pumping began in the spring of 1968. After about a fortnight, it became apparent that the pumping equipment provided and available on the site was not equal to the task. The pumps had to pump a volume of water five times greater than anticipated. It was concluded from this that the riverbed sand was not fine sand under the M.I.T. classification, but of a coarser variety, and this was confirmed by new borings the result of which was known about a year later. Additional pumps had to be installed.

However, no notice of a claim was given to the *Owner*'s engineer, as provided in clause 12 of the General Conditions of the contract, *infra*.

tème unifié de Casagrande. Mais ce qui est qualifié de «sable fin» selon le Système unifié de Casagrande est qualifié de «sable moyen» selon le système de classification du M.I.T.

L'*Entrepreneur* et ses experts présumèrent que l'on s'était servi du système de classification du M.I.T. Ils se trompaient. Il s'avéra que, selon cette classification, le sable du lit de la rivière était du sable moyen et non du sable fin. Le sol se trouvait donc beaucoup plus perméable que l'*Entrepreneur* et ses experts ne l'avaient prévu.

Avant les soumissions, un mandataire de l'*Entrepreneur* s'était mis en communication avec la société Dupuis et Girard, ingénieurs-conseils qui avaient préparé les plans et devis. Il devait demandé à un ingénieur de cette société si celle-ci disposait de renseignements additionnels concernant la nature du sol. L'ingénieur lui répondit que tous les renseignements disponibles se trouvaient dans les données des deux forages mentionnés sur les plans.

Cette réponse était fausse. Comme on le découvrira beaucoup plus tard, soit seulement au cours de l'enquête tenue en première instance, les ingénieurs-conseils Dupuis et Girard avaient, dès 1965, fait procéder à une étude du sol et ils avaient en leur possession depuis avril 1965 des analyses granulométriques dont le résultat, s'il avait été communiqué à l'*Entrepreneur* et à ses experts, aurait prévenu l'erreur qu'ils ont commise.

Le pompage débuta au printemps 1968. Après une quinzaine de jours, on se rendit compte que l'équipement de pompage prévu et disponible sur le chantier ne suffisait pas à la tâche. Les pompes devraient pomper un volume d'eau cinq fois plus considérable que le volume prévu. On en déduisit dès lors que le sable du lit de la rivière n'était pas du sable fin selon la classification du M.I.T., mais du sable plus gros, ce qui fut confirmé par de nouveaux forages dont le résultat fut connu environ un an après. Il fallut installer des pompes additionnelles.

Aucun avis de réclamation ne fut cependant donné à l'ingénieur du *Propriétaire*, comme le prévoit l'article 12 des Conditions générales du contrat, *infra*.

One of the two principal items in the *Contractor*'s claim concerns the additional cost of pumping, which resulted from the mistake as to the nature of soil and was not included in the costs resulting from delays caused by the performance of work in addition to that provided for in the plans and specifications. For this item, the *Contractor* initially claimed the sum of $169,879.99, which included the additional cost of pumping both with individual and with well-point pumps. However, at the close of the trial hearing, the *Contractor* reduced this part of the claim to $97,530, deducting the cost of pumping using the individual pumps, namely $72,349.99. The Court was not told the reason for this deduction, but if I understand the circumstances of the case correctly, it is explained by the fact that the mistake as to the nature of the soil could only have contributed to increasing the cost of pumping subterranean water, and not—or not to any significant extent—that of pumping surface water.

When he drafted his initial statement of claim, the *Contractor* was still unaware that the *Owner*'s firm of consulting engineers had neglected to give him all the information the firm had regarding the nature of the soil. Accordingly, all that is contained in paragraph 16 of the statement of claim is the following allegation, the wording of which is based on clause 12(1)(a) of the General Conditions of the contract, *infra*:

[TRANSLATION] . . . a substantial difference between, on the one hand, soil conditions as determined by plaintiff before the work was performed, in accordance with reasonable assumptions based on information contained in the plans and specifications as to the said soil conditions, and on the other hand, the actual soil conditions encountered by plaintiff when performing the work, necessitated the installation and operation of three times more dewatering equipment than plaintiff had anticipated and could reasonably have anticipated, and occasioned enormous cost and additional expense;

The *Contractor* was therefore not seeking at that time to have the contract annulled, merely an order to pay the sum of $489,277.89.

In his statement of claim, amended during the hearing with leave of the trial judge, the *Contractor* alleges that he was misled by the firm of consulting engineers. To his initial conclusions he

L'un des deux chefs principaux de la réclamation de l'*Entrepreneur* porte sur le coût additionnel du pompage résultant de l'erreur sur la nature du sol et non compris dans les coûts résultant de retards occasionnés par l'accomplissement de travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis. Sous ce chef, l'*Entrepreneur* réclamait initialement la somme de 169,879.99$ qui comprenait le coût additionnel du pompage fait tant avec les pompes individuelles qu'avec les pompes filtrantes. Mais à la fin de l'audition en première instance, l'*Entrepreneur* a réduit cette partie de la réclamation à la somme de 97,530$ en déduisant le coût du pompage fait avec des pompes individuelles, soit la somme de 72,349.99$. On ne nous a pas fourni la raison de cette déduction mais elle s'explique, si je comprends bien les circontances de l'espèce, du fait que l'erreur sur la nature du sol n'avait pu contribuer à augmenter que le coût du pompage des eaux souterraines et non pas, ou pas pour la peine, celui du pompage des eaux de surface.

Lors de la rédaction de sa déclaration initiale, l'*Entrepreneur* ignorait encore que le bureau d'ingénieurs-conseils du *Propriétaire* avait négligé de lui communiquer tous les renseignements qu'il possédait relativement à la nature du sol. Tout ce que l'on trouve au paragraphe 16 de la déclaration, c'est donc l'allégation suivante, dont la formulation s'inspire de l'article 12(1)a) des Conditions générales du contrat, *infra*:

. . . un écart considérable entre, d'une part, les conditions du sol établies par la demanderesse préalablement à l'exécution des travaux et suivant des hypothèses raisonnables fondées sur les renseignements contenus aux plans et devis concernant lesdites conditions du sol et d'autre part, les conditions réelles du sol constatées par la demanderesse lors de l'exécution des travaux, a nécessité l'installation et l'opération de trois fois plus d'équipements d'assèchement que la demanderesse avait prévu et qu'elle pouvait raisonnablement prévoir, ont occasionné d'énormes frais et des déboursés additionnels;

L'*Entrepreneur* ne demandait pas alors l'annulation du contrat mais tout simplement une condamnation au paiement d'une somme de 489,277.89$.

Dans sa déclaration amendée en cours d'enquête avec l'autorisation du premier juge, l'*Entrepreneur* allègue avoir été induit en erreur par le bureau d'ingénieurs-conseils. A ses conclusions initiales, il

adds alternative conclusions asking that the contract be voided and that the *Owner* be ordered to pay the sum of $489,277.89 on the basis of a *quantum meruit*.

In his submission to this Court, counsel for the *Contractor* alleges not only mistake but fraud, and his alternative conclusions seeking to have the contract voided become his principal conclusions. However, in his argument he said he wished to emphasize mistake and not fraud. The former principal, now alternative, conclusions are based in part on the contract, but also in part on the delictual or quasi-delictual liability of the consulting engineers employed by or representing the *Owner*.

3. Delays caused by work in addition to that provided for in the plans and specifications

The other principal item in the claim concerns the cost of delays caused by the performance of work not provided for in the plans and specifications.

Paragraph (1) of clause 38 of the General Conditions of the contract, *infra*, provides that the *Owner*'s engineer may order work in addition to that provided for in the plans and specifications, and that the *Contractor* will perform such work as if it had appeared in the plans and specifications.

Some thirty changes were in fact ordered: three of these, which were quite substantial, are the basis of the *Contractor*'s claim for this other item. They include the demolition and rebuilding of one of the pillars of the Samson Bridge and supporting the bridge with temporary structures while this work was in progress. They also include repairing the buttresses of other pillars and doing concrete work on those pillars.

As he acknowledges in his statement of claim, the *Contractor* has already received from the owner the sum of $289,700.20 for this additional work. The amount was calculated using the unit price method, agreed on by the parties, when each request for additional work was made; however, this amount allegedly does not represent the actual

ajoute des conclusions subsidiaires savoir l'annulation du contrat et la condamnation du *Propriétaire* au paiement d'une somme de 489,277.89$ sur la base d'un *quantum meruit*.

Dans le mémoire qu'il adresse à cette Cour, le procureur de l'*Entrepreneur* n'invoque pas seulement l'erreur mais le dol, et ses conclusions subsidiaires tendant à faire annuler le contrat sont devenues les conclusions principales. Cependant, dans sa plaidoirie, il a déclaré mettre l accent sur l'erreur et non sur le dol. Les anciennes conclusions principales devenues subsidiaires sont appuyées en partie sur le contrat mais en partie aussi sur la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle des ingénieurs-conseils préposés ou mandataires du *Propriétaire*.

3. Les retards occasionnés par les travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis

L'autre chef principal de la réclamation a pour objet le coût des retards occasionnés par l'accomplissement de travaux non prévus aux plans et devis.

Le paragraphe (1) de l'article 38 des Conditions générales du contrat, *infra*, stipule que l'ingénieur du *Propriétaire* peut ordonner des travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis et que l'*Entrepreneur* les exécutera comme s'ils avaient figuré dans les plans et devis.

Une trentaine de changements furent effectivement ordonnés dont trois, fort substantiels, sont à la source de la réclamation de l'*Entrepreneur* sous cet autre chef. Ils comprennent la démolition et la reconstruction de l'un des piliers du pont Samson et le support du pont, pendant ces travaux, par des structures temporaires. Ils comprennent également la réfection de la culée d'autres piliers et des travaux de bétonnage sur ces piliers.

Comme il le reconnaît dans sa déclaration, l'*Entrepreneur* a déjà reçu du *Propriétaire* la somme de 289,700.20$ pour ces travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis. Il s'agit là d'une somme calculée suivant la méthode des prix unitaires sur lesquels les parties se sont entendues lors de chaque demande de travaux en sus de ceux prévus

cost of such additional work.

According to the allegations of the *Contractor*, the performance of work in addition to that provided for in the plans and specifications disrupted and delayed the critical path of the scheduled work. These unforeseen delays allegedly obliged the *Contractor* to do part of the second stage work during the winter, contrary to expectations, and resulted in additional costs such as heating of concrete, snow and ice removal, and reduced workforce efficiency. Under this heading the *Contractor* is claiming $54,215.30.

In addition, wage increases were imposed in the [TRANSLATION] "Decree respecting the construction industry and trades", and the extension caused by the changes allegedly had the result of placing part of the work within the higher wage periods. The *Contractor* is claiming $8,487.26 under this heading.

The disruption caused by the changes allegedly also had the effect of making part of the work fall within a strike period, during which it was necessary to keep guards, clerks and a superintendent on the site, to pay for the transportation of certain pieces of equipment and to assume the cost of keeping others without using them. Under this heading the contractor is claiming $6,859.63.

Finally and most importantly, during the delays caused by work in addition to what was provided for in the plans and specifications, it was necessary to keep the site dry, and consequently to keep the individual and the well-point pumps in operation. According to the *Contractor*, he had to pay the total amount of $126,088.90 under this heading, that is $51,443.68 for the individual pumps and $74,645.22 for the well-point pumps.

The *Contractor* makes a further claim of 15 per cent of all the foregoing amounts for general site costs and 10 per cent for general administrative costs, head office expenses and profits.

aux plans et devis. Mais cette somme ne représenterait pas le coût réel des travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis.

Selon les allégations de l'*Entrepreneur*, l'exécution des travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis aurait perturbé et retardé le cheminement des travaux prévus aux plans et devis. Ces délais imprévus auraient forcé l'*Entrepreneur* à exécuter une partie des travaux de la deuxième phase durant l'hiver, contrairement à ce qui était prévu, et auraient occasionné des coûts supplémentaires tels celui du chauffage du béton, celui de l'enlèvement de la neige et de la glace, et celui de la diminution du rendement de la main-d'œuvre. Sous ce chapitre, l'*Entrepreneur* réclame 54,215.30$.

En outre, des augmentations de salaire étaient prévues dans le «Décret relatif à l'Industrie et aux Métiers de la Construction» et l'extension causée par les changements aurait eu pour effet de faire tomber une partie des travaux dans des périodes de salaires plus élevés. L'*Entrepreneur* réclame 8,487.26$ sous ce chapitre

La perturbation causée par les changements aurait également eu pour effet de faire tomber une partie des travaux dans une période de grève durant laquelle il aurait été nécessaire de maintenir des gardiens, des commis et un surintendant sur le chantier, de payer pour le transport de certaines pièces d'équipement et d'assumer les frais d'immobilisation d'autres pièces. L'*Entrepreneur* réclame 6,859.63$ sous ce chapitre

Enfin et surtout, durant les délais occasionnés par les travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis, il était nécessaire de tenir le chantier à sec et par conséquent, de continuer à faire fonctionner les pompes individuelles et les pompes filtrantes. Selon l'*Entrepreneur*, il lui en aurait coûté la somme totale de 126,088.90$ sous ce chapitre, soit 51,443.68$ pour les pompes individuelles et 74,645.22$ pour les pompes filtrantes.

L'*Entrepreneur* réclame en plus 15 pour 100 de toutes les sommes qui précèdent pour frais généraux de chantier et 10 pour 100 pour frais d'administration générale, dépenses au siège social et profits.

II—Principal clauses of the contract

The principal clauses of the contract are as follows:

[TRANSLATION]

Article II

(1) At the times and in the manner stated or mentioned in the attached document, titled "Terms of Payment" and marked "B" (referred to as "Terms of Payment" in the documents making up the contract), Her Majesty shall pay the Contractor, in consideration for the performance of the part of the work to which the fixed price arrangement applies, the sum of $ (subject to additions or deductions mentioned in these Articles, the General Conditions, the Terms of Payment or the Work Conditions, except for any addition or deduction which is expressly stated to be applicable only to unit price arrangements).

(2)

(a) At the times and in the manner stated or mentioned in the attached document, titled "Terms of Payment" and marked "B" (referred to as "Terms of Payment" in the documents making up the contract), Her Majesty shall pay the Contractor, in consideration for the performance of the part of the work to which the unit price arrangement applies, an amount equal to the number of units of measurement in each category of labour in fact performed, plant in fact used or materials in fact supplied by the Contractor in the performance of the work, in accordance with measurements made by the Engineer and contained in his final certificate of measurement, multiplied by the price fixed for each unit of measurement in the Unit Price Table, taking into account additions or changes provided for in subparagraphs (b), (c) and (d) of this clause, or if applicable, determined in accordance with subparagraph (e) of this clause (the said amount being subject to the additions or deductions provided for in the General Conditions, the Terms of Payment and the Work Conditions, except for any addition or deduction expressly stated to be applicable only to fixed price arrangements).

(b) The Engineer and the Contractor may, by means of a written agreement, add to the Unit Price Table categories of labour, plant or materials and units of measurement, unit prices and estimated quantities relating thereto, when the final certificate of measurement of the Engineer refers to labour, plant or materials not included in a

II—Les principales clauses du contrat

Voici les principales clauses du contrat.

Article II

(1) Aux époques et de la manière énoncées ou mentionnées dans le document ci-joint intitulé «Modalités de paiement» et coté «B» (appelé «Modalité de paiement» dans les documents constituant le contrat) Sa Majesté paiera à l'Entrepreneur, en contre-partie de l'exécution de la partie des travaux à laquelle s'applique l'arrangement à prix fixe, la somme de $ (sous réserve des additions ou déductions prévues dans ces Articles, les Conditions générales, dans les Modalités de paiement ou dans les Conditions de travail, à l'exception de toute addition ou déduction expressément déclarée applicable aux seuls arrangements à prix unitaires).

(2)

(a) Aux époques et de la manière énoncées ou mentionnées dans le document ci-joint intitulé «Modalité de paiement» et coté «B» (appelé «Modalités de paiement» dans les documents constituant le contrat), Sa Majesté paiera à l'Entrepreneur, en contre-partie de l'exécution de la partie des travaux à laquelle s'applique l'arrangement à prix unitaires, une somme égale au nombre d'unités de mesurage de chaque catégorie de travail effectivement exécuté, d'outillage effectivement utilisé ou de matériaux effectivement fournis par l'Entrepreneur dans l'exécution des travaux, suivant les mesures établies par l'Ingénieur et énoncées dans son Certificat définitif de mesurage, multiplié par le prix fixé pour chaque unité de mesurage au Tableau des prix unitaires, compte tenu des additions ou modifications prévues aux paragraphes (b), (c) et (d) du présent Article ou, le cas échéant, déterminé en conformité du paragraphe (e) du présent Article (ladite somme étant subordonnée aux additions ou déductions prévues dans les Conditions générales, les Modalités de paiement, les Conditions de travail, à l'exception de toute addition ou déductions (*sic*) expressément déclarée applicable aux seuls arrangement (*sic*) à prix fixe).

(b) L'Ingénieur et l'Entrepreneur peuvent, au moyen d'une convention par écrit, ajouter au Tableau des prix unitaires les catégories de travail, d'outillage ou de matériaux ainsi que les unités de mesurage, les prix unitaires et les quantités estimatives s'y rapportant, lorsque le Certificat définitif de mesurage de l'Ingénieur doit faire état de

labour, plant or materials category mentioned in the Unit Price Table.

(c) The Engineer and the Contractor may, by means of a written agreement, alter the unit price indicated in the Unit Price Table for any scheduled category of labour, plant or materials, when an estimated quantity is stated therein for the said category of labour, plant or materials, if the final certificate of measurement of the Engineer indicates or must indicate a total quantity less than 85 per cent of the said estimated quantity in this category of labour performed, plant used, or materials supplied by the Contractor in performing the work.

(d) The Engineer and the Contractor may, by means of a written agreement, alter the unit price indicated in the Unit Price Table for any scheduled category of labour, plant or materials, when an estimated quantity is stated therein for the said category of labour, plant or materials, by fixing a unit price for units of this category of labour performed, plant used or materials supplied by the Contractor in the performing of the work, which exceeds 115 per cent of the said estimated quantity.

(e) When the Engineer and the Contractor do not agree as provided in subparagraphs (b), (c) and (d) of this clause, the Engineer shall determine the category and unit of measurement of the labour, plant or materials in question, and the unit price thereof shall be established in accordance with clause 46 of the General Conditions.

(f) For the information and guidance of the Contractor and the persons administering the contract on behalf of Her Majesty, but not so as to constitute a warranty, representation or undertaking of any nature, either by Her Majesty to the Contractor or by the Contractor to Her Majesty, it is estimated that the total amount payable by Her Majesty to the Contractor for the portion of the work to which the unit price arrangement is applicable will not exceed $1,654,660.00.

(3) Paragraph (1) of this clause is not applicable when the unit price arrangement applies to the work as a whole.

(4) Paragraph (2) of this clause is not applicable when the fixed price arrangement applies to the work as a whole.

travail, d'outillage ou de matériaux non compris dans une catégorie de travail, d'outillage ou de matériaux énoncée au Tableau des prix unitaires.

(c) L'Ingénieur et l'Entrepreneur peuvent, au moyen d'une convention par écrit, modifier le prix unitaire fixé au Tableau des prix unitaires pour toute catégorie prévue de travail, d'outillage ou de matériaux, lorsqu'une quantité estimative y est énoncée pour ladite catégorie de travail, d'outillage ou de matériaux, si le Certificat définitif de mesurage de l'Ingénieur indique ou doit indiquer une quantité totale inférieure à 85 p. 100 de ladite quantité estimative quant à cette catégorie de travail exécuté, d'outillage utilisé ou de matériaux fournis par l'Entrepreneur dans l'exécution des travaux.

(d) L'Ingénieur et l'Entrepreneur peuvent, au moyen d'une convention par écrit, modifier le prix unitaire fixé au Tableau des prix unitaires pour toute catégorie prévue de travail, d'outillage ou de matériaux, lorsqu'une quantité estimative y est énoncée pour ladite catégorie de travail, d'outillage ou de matériaux, en établissant un prix unitaire pour les unités de cette catégorie de travail exécuté, d'outillage utilisé ou de matériaux fournis par l'Entrepreneur dans l'exécution des travaux, qui dépassent 115 p. 100 de ladite quantité estimative.

(e) Lorsque l'Ingénieur et l'Entrepreneur ne s'entendent pas, ainsi qu'il est prévu aux alinéas (b), (c) et (d) du présent Article, l'Ingénieur doit déterminer la catégorie et l'unité de mesurage du travail, de l'outillage ou des matériaux en question, le prix unitaire en étant établi en conformité de l'article 46 des Conditions générales.

(f) Pour la gouverne de l'Entrepreneur et des personnes chargées de la mise à exécution du contrat au nom de Sa Majesté, sans toutefois constituer une garantie, représentation ou engagement de quelque nature que ce soit, de la part de Sa Majesté envers l'Entrepreneur ou de l'Entrepreneur envers Sa Majesté, il est estimé que le montant total à payer par Sa Majesté à l'Entrepreneur pour la partie des travaux à laquelle s'applique l'arrangement à prix unitaires ne dépassera pas $1,654,660.00.

(3) Le paragraphe (1) du présent Article n'est pas applicable lorsque l'arrangement à prix unitaires s'applique à l'ensemble des travaux.

(4) Le paragraphe (2) du présent Article n'est pas applicable lorsque l'arrangement à prix fixe s'applique à l'ensemble des travaux.

(As the trial judge noted, clause II(2)(f) is incorrect, because the amount of $1,654,660 is the total amount of the contract and includes not only unit prices but also the fixed price for dewatering, namely $301,609).

Article III

. . .

(2) Any of the provisions of these Articles, the Terms of Payment and the General Conditions which are expressly stated to be applicable only to a unit price arrangement are not applicable to the whole or to the portion of the work to which the fixed price arrangement is applicable.

(3) Any of the provisions of these Articles, the Terms of Payment and the General Conditions which are expressly stated to be applicable only to a fixed price arrangement are not applicable to the whole or to the portion of the work to which the unit price arrangement is applicable.

. . .

"B"

Terms of Payment

1. Her Majesty shall pay the Contractor, at the times and in the manner hereinafter stated, the amount by which

(a) the whole of the amounts mentioned in clause 2 of the Terms of Payment

(b) exceeds the whole of the amounts mentioned in clause 3 of the Terms of Payment,

and the Contractor shall accept the payment as consideration in full for everything which it has supplied or done in connection with the work.

2. (1) The amounts mentioned in paragraph (a) of clause 1 of the Terms of Payment are:

(a) the amount mentioned in clause II of the Articles of Agreement;

(b) the amount, if any, payable to the Contractor in accordance with clause 12 of the General Conditions regarding unforeseen soil conditions, negligence or delays;

(c) the amount, if any, payable to the Contractor as a consequence of suspension of the work in accordance with clause 18 of the General Conditions;

(e) the amount, if any, payable to the Contractor as a consequence of an order or change in accordance with clause 38 of the General Conditions;

(f) ...

(Comme le fait observer le premier juge, l'article II (2)(f) est inexact car la somme de 1,654,660$ est le montant total du contrat et comporte non seulement des prix unitaires mais également le prix fixe de l'assèchement soit 301,609$).

Article III

. . .

(2) Aucune des dispositions des présents Articles, des Modalités de paiement et des Conditions générales qu'il est expressément énoncé qu'elles ne s'appliquent qu'à un arrangement à prix unitaires n'est applicable à l'ensemble ou à la partie des travaux à laquelle s'applique l'arrangement à prix fixe.

(3) Aucune des dispositions des présents Articles, des Modalités de paiement et des Conditions générales qu'il est expressément énoncé qu'elles ne s'appliquent qu'à un arrangement à prix fixe n'est applicable à l'ensemble ou à la partie des travaux à laquelle s'appliquent l'arrangement à prix unitaires.

. . .

«B»

Modalités de paiement

1. Sa Majesté paiera à l'Entrepreneur, aux époques et de la manière énoncées ci-après, l'excédent

a) de l'ensemble des montants prévus à l'article 2 des Modalités de paiement

b) sur l'ensemble des montants prévus à l'article 3 des Modalités de paiement

et l'Entrepreneur acceptera le paiement comme contrepartie pleine et entière de tout ce qu'il aura fourni ou fait relativement aux travaux.

2. (1) Les montants mentionnés à l'alinéa a) de l'article 1 des Modalités de paiement sont:

a) le montant prévu à l'Article II des Articles de Convention;

b) le montant, s'il en est, payable à l'Entrepreneur en conformité de l'article 12 des Conditions générales relativement aux conditions imprévues du sol, à la négligence ou aux retards;

c) le montant, s'il en est, payable à l'Entrepreneur à cause de la suspension des travaux en conformité de l'article 18 des Conditions générales;

e) le montant, s'il en est, payable à l'Entrepreneur en raison d'un ordre ou d'une modification en conformité de l'article 38 des Conditions générales;

f) ...

(2) Subparagraph (e) of paragraph (1) shall apply only to fixed price arrangements.

"C"

General Conditions

1. (1) In the contract,

. . .

(c) "materials" includes any materials, goods, matters and things supplied under the contract for the purposes of incorporation in the work;

. . .

(e) "plant" includes animals, tools, instruments, machines, vehicles, buildings, works, equipment, matters and things required for the performance of the work;

. . .

(i) "work" includes the whole of the works, materials, matters and things required to be done, furnished and performed by the Contractor under the contract.

. . .

5. The description of the work and the materials stated in the contract shall include not only the particular type of work and materials mentioned, but also any labour, plant and materials necessary for the full performance, completion and delivery in a usable state of the work and materials.

. . .

7. Time is of the essence of the contract.

. . .

12. (1) No payment shall be made by Her Majesty to the Contractor in addition to the payment expressly promised by the contract on account of any extra expense, loss or damage incurred or sustained by the contractor for any reason, including a misunderstanding on the part of the Contractor as to any fact, whether or not such misunderstanding is attributable directly or indirectly to Her Majesty or any of Her Majesty's agents or servants (whether or not any negligence or fraud on the part of Her Majesty's agents or servants is involved) unless, in the opinion of the Engineer, the extra expense, loss or damage is directly attributable to

(a) a substantial difference between information relating to soil conditions at the work site, or a reasonable assumption of fact based thereon, in the plans and specifications or other documents or material communicated by Her Majesty to the Contractor for his use in preparing his bid and the actual soil conditions encountered at the work

(2) L'alinéa e) du paragraphe (1) s'applique aux seuls arrangements à prix fixe.

«C»

Conditions générales

1. (1) Dans le contrat, l'expression

. . .

c) «matériaux» comprend tous matériaux, marchandises, articles et choses à fournir, en vertu du contrat, aux fins d'incorporation aux travaux;

. . .

e) «outillage» comprend les animaux, outils, instruments, machines, véhicules, bâtiments, ouvrages, matériel, articles et choses nécessaires à l'exécution des travaux;

. . .

i) «travaux» comprend la totalité des ouvrages, matériaux, matières et choses que l'Entrepreneur est tenu de faire, de fournir et d'exécuter en vertu du contrat.

. . .

5. La description des travaux et des matériaux énoncée dans le contrat comprend non seulement le genre particulier de travaux et de matériaux mentionné, mais également tout le travail, tout l'outillage et tous les matériaux nécesssaires à la parfaite exécution, à l'achèvement et à la livraison en état d'utilisation des travaux et matériaux.

. . .

7. Le temps est de l'essence même du contrat.

. . .

12. (1) Nul paiement ne sera fait par Sa Majesté à l'Entrepreneur en sus du paiement expressément promis par le contrat, en raison de quelque dépense supplémentaire engagée, ou de quelque perte ou dommage subi par l'Entrepreneur, pour quelque raison que ce soit, y compris un malentendu de la part de l'Entrepreneur quant à tout fait, que ce malentendu soit ou non attribuable directement ou indirectement à Sa Majesté ou à l'un quelconque des agents ou préposés de Sa Majesté (qu'il y ait eu ou non négligence ou fraude de la part des agents ou préposés de Sa Majesté) à moins que, de l'avis de l'Ingénieur, la dépense supplémentaire, la perte ou le dommage ne soit directement attribuable

a) à un écart considérable entre les renseignements sur les conditions du sol à l'emplacement des travaux, ou une hypothèse raisonnable fondée sur lesdits renseignements, consignés dans les plans et devis ou autres documents ou éléments d'information communiqués à l'Entrepreneur par Sa Majesté pour servir à l'établissement de sa sou-

site by the Contractor when performing the work, or

(b) ...

in which case, if the Contractor has given the Engineer written notice of his claim before the expiry of thirty days after encountering the soil conditions giving rise to the claim [...] Her Majesty shall pay to the Contractor in respect of the additional expense, loss or damage incurred or sustained by reason of that difference [...] an amount equal to the cost, calculated in accordance with clauses 44 to 47 of the General Conditions, of the additional plant, labour and materials necessarily involved.

(2) If, in the opinion of the Engineer, the Contractor has saved certain expense because the performance of the work by the Contractor was made less difficult and less costly, due to the fact that the soil conditions actually found at the site by the Contractor in performing the work are substantially different from the soil conditions indicated in the information or inferred from a reasonable assumption based on the said information, contained in the plans and specifications, or other documents or items of information communicated to the Contractor by Her Majesty to be used in the making of his bid, the amount stated in clause II of the Articles of Agreement shall be reduced by an amount equal to the saving made by the Contractor.

(3) Subparagraph (a) of paragraph (1) and paragraph (2) are applicable only to fixed price arrangements.

(4) If information relating to soil conditions at the work site appeared in the plans and specifications, or in other documents or material, communicated by Her Majesty to the Contractor for his use in preparing his bid, and if the actual soil conditions encountered at the work site by the Contractor when performing the work are substantially different from such information, or a reasonable assumption of fact based thereon, so that the cost to the Contractor of performing the work is directly and substantially increased or decreased by reason of such difference, then the Engineer and the Contractor shall exercise their powers under paragraph (2) of clause II of the Articles of Agreement relating to amendment of the Unit Price Table so that the benefit of a substantial decrease in cost shall accrue to Her Majesty and the burden of a substantial increase in cost will not be borne by the Contractor.

mission, et les conditions réelles du sol constatées par l'Entrepreneur à l'emplacement des travaux dans l'exécution des travaux, ou

b) ...

auquel cas, si l'Entrepreneur a donné à l'Ingénieur avis par écrit de sa réclamation, avant l'expiration de trente jours depuis la constatation des conditions du sol donnant lieu à la réclamation [...] Sa Majesté paiera à l'Entrepreneur à l'égard de la dépense supplémentaire engagée ou de la perte ou du dommage subi en raison de cet écart [...] un montant égal au coût, calculé en conformité des articles 44 à 47 des Conditions générales, du surcroît nécessaire d'outillage, de travail et de matériaux.

(2) Si, de l'avis de l'Ingénieur, l'Entrepreneur a réalisé une économie de dépenses parce que l'exécution des travaux par l'Entrepreneur a été rendue moins difficile et moins coûteuse du fait que les conditions du sol effectivement constatées par l'Entrepreneur à l'emplacement des travaux, dans l'exécution des travaux, sont considérablement différentes des conditions du sol indiquées dans les renseignements ou inférées d'une hypothèse raisonnable fondée sur lesdits renseignements, consignés dans les plans et devis ou autres documents ou éléments d'information communiqués à l'Entrepreneur par Sa Majesté pour servir à l'établissement de sa soumission, le montant énoncé à l'Article II des Articles de Convention doit être diminué d'un montant égal à l'économie que l'Entrepreneur a réalisée.

(3) L'alinéa a) du paragraphe (1) et le paragraphe (2) s'appliquent aux seuls arrangements à prix fixe.

(4) Si des renseignements sur les conditions du sol à l'emplacement des travaux étaient consignés dans les plans et devis ou dans d'autres documents ou éléments d'information communiqués à l'Entrepreneur par Sa Majesté pour servir à l'établissement de sa soumission et si les conditions réelles du sol constatées par l'Entrepreneur à l'emplacement des travaux, dans l'exécution des travaux, sont considérablement différentes desdits renseignements ou d'une hypothèse raisonnable fondée sur lesdits renseignements, de façon que les frais supportés par l'Entrepreneur dans l'exécution des travaux sont directement et considérablement augmentés ou diminués en raison de cet écart, l'Ingénieur et l'Entrepreneur doivent exercer leurs pouvoirs, en vertu du paragraphe (2) de l'Article II des Articles de Convention, en ce qui concerne la modification du Tableau de prix unitaires, de façon que le bénéfice d'une diminution considérable des frais accroisse à Sa Majesté et que le fardeau d'une augmentation considérable des frais ne soit pas supporté par l'Entrepreneur.

(5) Paragraph (4) is applicable only to a Unit Price Arrangement.

. . .

38. (1) The Engineer may at any time before he issues his Final Certificate of Completion, in writing,

(a) order work or materials in addition to that provided for in the plans and specifications; and

(b) dispense with or change the dimensions, character, quantity, quality, description, location or position of the whole or any part of the work or materials provided for in the plans and specifications, or as ordered pursuant to subparagraph (a),

and the Contractor shall perform the work in accordance with such orders, dispensations and changes as if the same had appeared in and been part of the plans and specifications.

(2) The Engineer shall determine whether anything done or not done by the Contractor pursuant to an order, dispensation or change made by the Engineer pursuant to paragraph (1) increased or decreased the cost of the work to the Contractor.

(3) If the Engineer decides, pursuant to paragraph (2), that the cost was increased, Her Majesty shall pay the Contractor the cost, calculated in accordance with clauses 44 to 47 of the General Conditions, of the additional labour, materials and plant necessarily involved.

(4) If the engineer decides, pursuant to paragraph (2), that the cost was decreased, Her Majesty may reduce the amount payable to the contractor under the contract by an amount equal to the cost, calculated in accordance with clauses 44 to 47 of the General Conditions, of the plant, labour and materials necessarily involved.

(5) Paragraphs (2), (3) and (4) shall apply only to fixed price arrangements.

. . .

44. Whenever it is necessary, for the purposes of clauses 12, 18, 37, 38 and 39 of the General Conditions, to determine the cost of plant, labour and materials, reference shall be made to the Unit Price Table, that is, the cost shall be equal to the product of multiplying the quantity of such plant, labour or materials, expressed in terms of the unit stated in column 2 of the Unit Price Table for the plant, labour or materials in question, by the price stated for the unit in column 3 of the Unit Price Table.

45. If the method of determination in clause 44 of the General Conditions cannot be used because the labour, plant or materials involved is not included in the Unit

(5) Le paragraphe (4) s'applique aux seuls arrangements à prix unitaires.

. . .

38. (1) L'Ingénieur peut n'importe quand avant de délivrer son Certificat définitif d'achèvement et par écrit,

a) ordonner des travaux ou matériaux en sus de ceux qui ont été prévus dans les plans et devis; et

b) contremander ou modifier les dimensions, le caractère, la quantité, la qualité, la description, la situation ou la position de la totalité ou d'une partie des travaux ou matériaux prévus dans les plans et devis ou ordonnés en conformité de l'alinéa a),

et l'Entrepreneur exécutera les travaux en conformité de ces ordres, contremandements et modifications, comme s'ils avaient figuré dans les plans et devis et en avaient fait partie.

(2) L'Ingénieur doit décider si ce que l'Entrepreneur a fait ou n'a pas fait en conformité d'un ordre, d'un contremandement ou d'une modification de l'Ingénieur, en conformité du paragraphe (1), a augmenté ou diminué le coût des travaux pour l'Entrepreneur.

(3) Si l'Ingénieur décide, en vertu du paragraphe (2), que le coût a été augmenté, Sa Majesté paiera à l'Entrepreneur le coût, calculé en conformité des articles 44 à 47 des Conditions générales, du travail, des matériaux et de l'outillage supplémentaires ainsi nécessités.

(4) Si l'Ingénieur décide, en vertu du paragraphe (2), que le coût a été diminué, Sa Majesté peut réduire le montant payable à l'Entrepreneur, en vertu du contrat, d'un montant égal au coût, calculé en conformité des articles 44 à 47 des Conditions générales, du travail, des matériaux et de l'outillage ainsi nécessités.

(5) Les paragraphes (2), (3) et (4) s'appliquent aux seuls arrangements à prix fixe.

. . .

44. Chaque fois qu'il est nécessaire, aux fins des articles 12, 18, 37, 38 et 39 des Conditions générales, d'établir le coût du travail, de l'outillage et des matériaux, il faut se servir du Tableau des prix unitaires, c'est-à-dire que le coût doit être égal au produit de la multiplication de la quantité de tel travail, outillage ou matériaux, exprimée en fonction de l'unité énoncée à la colonne 2 du Tableau des prix unitaires à l'égard du travail, de l'outillage ou des matériaux en question, par le prix énoncé à l'égard de l'unité de la colonne 3 du Tableau des prix unitaires.

45. Si le mode d'établissement prévu à l'article 44 des Conditions générales ne peut être utilisé parce que le travail, l'outillage ou les matériaux en question ne figu-

Price Table, the cost of the labour, plant or materials for the purposes of clauses 12, 18, 37, 38 and 39 of the General Conditions shall be the amount from time to time agreed upon by the Contractor and the Engineer.

46. (1) If the method of determination in clause 44 of the General Conditions cannot be used and if the Contractor and the Engineer cannot agree as contemplated by clause 45 of the General Conditions, the cost of labour, plant or materials for the purposes of clauses 12, 18, 37, 38 and 39 of the General Conditions shall be equal to the aggregate of

(a) all reasonable and proper amounts actually expended by or legally payable by the Contractor in respect of the labour, plant or materials which fall within one of the classes of expenditure described in paragraph (2) (being costs which are directly attributable to the performance of the work and are not costs in respect of which the allowance in subparagraph (b) is made); and

(b) 10 per cent of the total of the expenditures of the Contractor that meet the test in subparagraph (a), being an allowance for all other expenditures by the Contractor and for profit, and without limiting the generality of the foregoing, being also an allowance for payments and charges relating to overhead, head office expenses and general administrative costs of the Contractor, including finance and interest charges.

(2) Classes of expenditure that are allowable are:

(a) payments to subcontractors;

(b) wages, salaries and travelling expenses of employees of the Contractor while they are actually and properly engaged on the work, other than wages, salaries, bonuses, living and travelling expenses of personnel of the Contractor generally employed at the head office, or at a general office, of the Contractor, unless such personnel is engaged at the site of the work with the approval of the Engineer;

(c) payments for materials necessary for and incorporated in the work, or necessary for and consumed in the performance of the work;

(d) payments for tools, other than tools customarily provided by tradesmen, necessary for and used in the performance of the work;

(e) payments for the preparation, inspection, delivery, installation and removal of plant and ma-

rent pas au Tableau des prix unitaires, le coût du travail, de l'outillage ou des matériaux, aux fins des articles 12, 18, 37, 38 et 39 des Conditions générales, est le montant convenu de temps à autre entre l'Entrepreneur et l'Ingénieur.

46.(1) Si le mode d'établissement prévu à l'article 44 des Conditions générales ne peut être utilisé, et si l'Entrepreneur et l'Ingénieur ne peuvent s'entendre, ainsi qu'il est prévu à l'article 45 des Conditions générales, le coût du travail, de l'outillage ou des matériaux, aux fins des articles 12, 18, 37, 38 et 39 des Conditions générales, est égal à l'ensemble des montants suivants:

a) tous montants justes et raisonnables effectivement dépensés ou légalement payables par l'Entrepreneur à l'égard du travail, de l'outillage ou des matériaux relevant d'une des catégories de dépenses prévues au paragraphe (2) (représentant les frais directement attribuables à l'exécution des travaux et non les frais à l'égard desquels est versée l'indemnité prévue à l'alinéa b)); et

b) 10 p. 100 du total des dépenses de l'Entrepreneur répondant aux exigences de l'alinéa a), représentant une indemnité à l'égard de toutes les autres dépenses de l'Entrepreneur et des bénéfices et, sans limiter la portée générale de ce qui précède, représentant également une indemnité à l'égard des paiements et imputations se rapportant aux frais généraux, aux dépenses du siège social et aux frais généraux d'administration de l'Entrepreneur, y compris les frais de financement et d'intérêt.

(2) Les catégories de dépenses admissibles sont:

a) les paiements faits aux sous-entrepreneurs;

b) les traitements, salaires et frais de voyage versés aux employés de l'Entrepreneur, alors qu'ils sont bel et bien occupés aux travaux, mais non les traitements, salaires et gratifications, frais de subsistance et de voyage des employés de l'Entrepreneur occupés généralement au siège social, ou à un bureau général, de l'Entrepreneur, à moins que lesdits employés ne soient occupés à l'emplacement des travaux avec l'approbation de l'Ingénieur;

c) les paiements se rapportant aux matériaux nécessaires et incorporés aux travaux, ou nécessaires à l'exécution des travaux et consommés à cette fin;

d) les paiements se rapportant aux outils, sauf les outils habituellement fournis par les artisans, nécessaires à l'exécution des travaux et utilisés à cette fin;

e) les paiements se rapportant à la préparation, l'inspection, la livraison, l'installation et l'enlève-

terials necessary for the performance of the work;

(f) payments for renting, erecting, maintaining and removing temporary offices, sheds and similar structures necessary for and used by the Contractor in performing the work;

(g) assessments payable under any statutory scheme relating to workmen's compensation, unemployment insurance or holidays with pay;

(h) payments for renting plant and allowances for plant owned by the Contractor necessary for the performance of the work, providing that such payments or allowances are reasonable or have been agreed to by the Contractor and the Engineer; and

(i) payments made with the approval of the Engineer that are necessary for the performance of the work.

## III—The trial judgment and the judgment of the Court of Appeal

The trial judge refused to annul a contract already performed, or to divide it so as to annul the fixed price portion. He allowed in part the item in the *Contractor*'s claim based on mistake as to the nature of the soil and not included in the other item based on delay caused by work in addition to that provided for in the plans and specifications. He treated the fault committed by the *Owner*'s consulting engineers as a breach of contract. In allowing this item of the claim in part, he based himself on considerations of equity rather than on the clauses of the contract so breached. He explained his reasoning as follows:

> ... this portion of Plaintiff's claim must be considered as fair and equitable and should not be defeated by technical application of certain clauses in the General Conditions, whether or not the contract as a whole is cancelled. This is not in my view a case where the contractor is making a fraudulent and unjustified claim, but merely where it is trying to recover additional expenses to which it has been put.
>
> I conclude that the proper juridical basis for this part of Plaintiff's claim is for damages for breach of contract rather than for extra amounts under the contract which would be subject to the conditions and limitations thereof. I do not believe that it is necessary to cancel the contract for error in order to allow damages for breach

ment de l'outillage et des matériaux nécessaires à l'exécution des travaux;

f) les paiements se rapportant à la location, l'érection, le maintien et l'enlèvement de bureaux temporaires, hangars et ouvrages semblables nécessaires à l'exécution des travaux et utilisés par l'Entrepreneur à cette fin;

g) les cotisation exigibles en vertu d'un régime statutaire d'accidents du travail, d'assurance-chômage et de congés rémunérés;

h) les paiements se rapportant à la location d'outillage, les indemnités à l'égard de l'outillage nécessaire à l'exécution des travaux appartenant à l'Entrepreneur, pourvu que lesdits paiements ou indemnités soient raisonnables ou aient été convenus entre l'Entrepreneur et l'Ingénieur; et

i) les paiements, effectués avec l'approbation de l'Ingénieur, nécessaires à l'exécution des travaux.

## III—Le jugement de première instance et l'arrêt de la Cour d'appel

Le premier juge a refusé d'annuler un contrat déjà exécuté ou de le scinder pour n'annuler que la partie conclue à prix fixe. Il maintient en partie le chef de la réclamation de l'*Entrepreneur* découlant de l'erreur sur la nature du sol et non comprise dans l'autre chef découlant des retards causés par les travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis. Il qualifie de bris de contrat la faute commise par les ingénieurs-conseils du *Propriétaire*. Pour maintenir en partie ce chef de la réclamation, il se fonde sur des considérations d'équité plutôt que sur les clauses d'un contrat ainsi brisé. Voici comment il s'en explique:

> ... cette partie de la réclamation de la demanderesse doit être considérée juste et équitable et ne doit pas être annulée par la formalité de certaines clauses contenues dans les conditions générales, que ce contrat soit ou non, dans son ensemble, annulé. A mon avis, il ne s'agit pas d'un cas où l'entrepreneur présente une réclamation frauduleuse et injustifiée mais d'un cas où il ne fait que tenter de recouvrer les dépenses supplémentaires qu'il a dû supporter.
>
> Je conclus que le recours juridique approprié pour cette partie de la réclamation de la demanderesse est un recours en dommages-intérêts par suite de l'inexécution du contrat plutôt qu'un recours visant l'obtention d'un montant supplémentaire en vertu du contrat, montant qui serait assujetti aux conditions et aux dispositions

of it, and in any event it would not be possible to find that the fixed portion of the contract alone be set aside for error but that the rest of the contract should remain in effect.

On the item of the claim resulting from delays caused by work in addition to that provided for in the plans and specifications, he allowed the principal headings in part, this time relying on the clauses of the contract, to which he gave a wide and liberal interpretation, and invoking against the *Owner* the *contra proferentem* rule.

The following is a table of amounts allowed by the trial judge under each item and each heading:

| | |
|---|---|
| A.—Cost of delays | |
| (i) Operation of dewatering system during delays | $60,850.00 |
| (ii) Supplementary winter work due to delays | 31,390.00 |
| (iii) Cost of salary increases due to delays | 3,860.00 |
| (iv) Maintenance of site during strike | nil |
| B.—Change in Soil Conditions | |
| (i) Cost of operation of additional equipment | 48,840.00 |
| C.—Miscellaneous | |
| (i) Preparatory work for future diversions AB and BC | 21,250.00[1] |
| D.—General Expenses of Site | |
| (i) Nil | nil |
| E.—General Administration, Head Office and Profit | |
| (i) 10% | 16,819.00[2] |
| TOTAL | $182,809.00[3] |

(1) The trial judge rounded off the admitted amount of $21,249.87 and omitted to add to this amount that of $8,547.09 admitted by the defence.

(2) Should read $17,437.69, in light of the mistake mentioned in footnote 1.

(3) Should read $192,210.65, in light of the foregoing.

limitatives du contrat. Je n'estime pas qu'il soit nécessaire d'annuler le contrat pour cause d'erreur afin de réclamer des dommages-intérêts par suite de son inexécution et, quoi qu'il en soit, il serait impossible d'annuler la partie du contrat qui prévoit l'arrangement à prix fixe tout en maintenant en vigueur l'autre partie du contrat.

Quant au chef de la réclamation découlant des retards causés par les travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis, il en maintient en partie les principaux chapitres en se fondant cette fois sur les clauses du contrat qu'il interprète de façon large et libérale et en invoquant contre le *Propriétaire* la règle *contra proferentem*.

Voici un tableau des montants accordés par le premier juge sous chaque chef et chaque chapitre:

| | |
|---|---|
| A.—Coût des délais | |
| i) coût d'opération du système d'assèchement durant les délais | 60,850.00$ |
| ii) total des augmentations de coûts dues à l'exécution de travaux durant l'hiver | 31,390.00$ |
| iii) coût des augmentations de salaires dues aux délais | 3,860.00$ |
| iv) Maintien du chantier durant la grève | nil |
| B.—Changement dans les conditions du sol | |
| i) coût total d'opération d'équipement additionnel | 48,840.00$ |
| C.—Divers | |
| i) travaux de préparation pour les futurs déversoirs AB et BC | 21,250.00$[1] |
| D.—Frais généraux de chantier | |
| i) nil | nil |
| E.—Administration générale, siège social et profit | |
| i) 10% | 16,819.00$[2] |
| TOTAL | $182,809.00$[3] |

(1) Le premier juge a arrondi le montant admis de 21,249.87$ et a omis d'ajouter à cette somme celle de 8,547.09$ admise par la défense.

(2) Devrait se lire 17,437.69$, vue l'erreur mentionnée à la note (1).

(3) Devrait se lire 192,210.65$, vu ce qui est mentionné aux notes (1) et (2).

The method of calculation and the amounts arrived at by the trial judge for each item and each heading are not disputed by the parties, apart from the amount of $48,840 for the item based on mistake as to the nature of the soil and not included in the other item based on delays caused by work in addition to that provided for in the plans and specifications. Counsel for the *Contractor* maintained that this amount should be increased by the sum of $72,350 because the trial judge made an error which they described as manifest in deducting the same amount twice. In the submission of counsel for the *Owner*, no error was made in this calculation by the trial judge, still less a manifest one.

The Court of Appeal dismissed the part of the claim based on the delay caused by work in addition to that provided for in the plans and specifications, because the parties agreed on the cost of this work in the manner stipulated in clauses 44 and 45 of the General Conditions and because clause 12 provides that the *Contractor* may not demand more than the amounts stipulated.

The Court of Appeal also dismissed the part of the claim based on mistake as to the nature of the soil, for the reason that the *Contractor* did not give the notice provided for by clause 12 of the General Conditions of the contract. The Court of Appeal thus also implicitly refused to annul the contract. The *Contractor* had further argued that this part of his claim could be allowed on a delictual basis, in view of the fault by the consulting engineers. The Court of Appeal questioned whether clause 12 of the General Conditions also applies to claims of a delictual nature, but decided that in any case the record does not show that the engineers who committed the fault were employees of the *Owner*.

The Court of Appeal accordingly allowed the claim only as to the amount which the *Owner* admitted owing the *Contractor*.

IV—Prescription

Counsel for the *Owner* relied on the five-year prescription referred to in art. 2260.6 of the *Civil Code*. In his submission, the work ended on or around September 27, 1969 and the cause of

La méthode de calcul et les montants auxquels le premier juge arrive sous chaque chef et chaque chapitre ne sont pas contestés par les parties sauf la somme de 48,840$ pour le chef découlant de l'erreur sur la nature du sol et non comprise dans l'autre chef découlant des retards causés par les travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis. Les procureurs de l'*Entrepreneur* soutiennent que cette somme devrait être majorée d'une somme de 72,350$ parce que le premier juge aurait commis une erreur qu'ils disent manifeste en déduisant deux fois un même montant. Selon les procureurs du *Propriétaire* aucune erreur n'a été commise par le premier juge dans ce calcul, et encore moins une erreur manifeste.

La Cour d'appel rejette la partie de la réclamation découlant des retards causés par les travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis parce que les parties ont convenu du prix de ces travaux de la façon prévue aux articles 44 et 45 des Conditions générales et que l'article 12 stipule que l'*Entrepreneur* ne peut rien exiger de plus que les sommes convenues.

Quant à la partie de la réclamation qui découle de l'erreur sur la nature du sol, la Cour d'appel la rejette également au motif que l'*Entrepreneur* n'a pas donné l'avis prévu par l'article 12 des Conditions générales du contrat. La Cour d'appel refuse donc aussi mais implicitement d'annuler le contrat. L'*Entrepreneur* avait également plaidé que cette partie de sa réclamation pouvait être maintenue sur une base délictuelle, vu la faute des ingénieurs-conseils. La Cour d'appel met en doute que l'article 12 des Conditions générales ne s'applique pas aussi aux réclamations de nature délictuelle mais décide de toute manière que le dossier ne révèle pas que les ingénieurs qui ont commis la faute aient été des préposés du *Propriétaire*.

La Cour d'appel ne maintient par conséquent la réclamation que pour le montant que le *Propriétaire* reconnaît devoir à l'*Entrepreneur*.

IV—La prescription

Le procureur du *Propriétaire* invoque la prescription de cinq ans prévue à l'art. 2260.6 du *Code civil*. Selon lui, les travaux se sont terminés vers le 27 septembre 1969 et la cause d'action pour

action for each of the items and headings of the claim predates the closing of the site. The action was brought on December 5, 1974.

This argument was apparently raised for the first time in the Court of Appeal, but it is not dealt with in the judgment of that Court. It did not have to be, in view of the Court's findings.

This prescription is absolute—art. 2267 of the *Civil Code*—and a court may apply it of its own motion. However, there must still be in the record sufficiently specific evidence for this prescription to be imposed, and when it is not pleaded at first instance there is danger that the record will contain gaps on the point, as is the case here.

Thus, counsel for the *Owner* referred the Court to the site log, the last entry in which, dated September 27, 1969, reads: [TRANSLATION] "Contract terminated". He also referred the Court to Exhibit P-4, which is not reproduced in the printed appeal record. This is the detailed claim made by the *Contractor* to the *Owner* before proceedings were brought. On page 17 it indicates that the work was terminated on September 24, 1969.

Counsel for the *Contractor* referred the Court to change orders and approval of additional funds dated December 11 and 31, 1969. The provisional completion certificate stating that the work is [TRANSLATION] "almost terminated" and acceptable to Her Majesty is dated December 19, 1969. The trial judge further observed that over a year after completion of the work, the latter had not yet been formally approved.

It is thus not possible on the basis of the record to fix the completion of the work at a specific date.

Further, although counsel for the *Owner* argued that the starting point of prescription for each of the items and headings in the claim predates the completion of the work, he did not indicate to the Court an actual point of departure for each of them, if they really can be distinguished from each other and the claim can be divided in this respect,

chacun des chefs et des chapitres de la réclamation est antérieure à la fermeture du chantier. Or l'action a été instituée le 5 décembre 1974.

Ce moyen a été invoqué apparemment pour la première fois en Cour d'appel qui cependant n'en traite pas dans son arrêt. Elle n'avait d'ailleurs pas à le faire, compte tenu de ses conclusions.

Il s'agit d'un délai de déchéance—art. 2267 du *Code civil*—qu'une cour peut invoquer d'office. Mais encore faut-il qu'il y ait au dossier des éléments de preuve assez précis pour que l'on puisse appliquer ce moyen et, lorsqu'il n'est pas plaidé dès la première instance, le dossier risque de comporter des lacunes sur ce point comme c'est le cas en l'espèce.

Ainsi, le procureur du *Propriétaire* nous a référés au journal de chantier dont la dernière entrée, en date du 27 septembre 1969, se lit: «Contrat terminé». Il nous a également référés à l'exhibit P-4 qui n'est pas reproduit au dossier imprimé sur appel. Il s'agit de la réclamation détaillée que l'*Entrepreneur* adressait au *Propriétaire* avant que des procédures ne soient intentées. On y voit à la p. 17 que les travaux seraient terminés le 24 septembre 1969.

Le procureur de l'*Entrepreneur* de son côté nous a référés à des ordres de modifications et à des approbations de crédits supplémentaires datant du 11 et du 31 décembre 1969. Le certificat provisoire d'achèvement attestant que les travaux sont «presque terminés» et qu'ils sont acceptables à Sa Majesté est daté du 19 décembre 1969. Le premier juge observe en outre que plus d'un an après la fin des travaux, ces derniers n'avaient pas encore été formellement approuvés.

Le dossier ne permet donc pas de faire remonter la fin des travaux à une date précise.

Au surplus, si le procureur du *Propriétaire* a plaidé que le point de départ de la prescription pour chacun des chefs et des chapitres de la réclamation est antérieur à la fin des travaux, il ne nous a aucunement suggéré quel est effectivement le point de départ pour chacun d'entre eux, si tant est que l'on doit distinguer entre eux et que la récla-

a point which is at least debatable but was not discussed.

The trial judge concluded that it was impossible to determine in advance with minimal precision the cost of delays caused by work in addition to that provided for in the plans and specifications. This is a conclusion on a matter of fact which was not challenged as containing any error, obvious or otherwise.

The dewatering work apparently terminated towards the end of May 1969. It is conceivable that, during the next few weeks, the cost of operating the dewatering system during the delays could have been calculated. The costs of the other delays could probably not have been estimated before the work ended.

The cost of the mistake as to the nature of the soil might have been estimated some time after it was discovered.

However, this is a matter of conjecture and at bottom the Court lacks information. The evidence did not deal with these points and neither the Court of Appeal nor the trial court ruled on these matters of fact and of law.

In such circumstances, I do not think that this Court can be asked to decide these matters for the first time and I would dismiss the argument based on prescription.

V—Mistake as to the nature of the soil and the claim to annul the contract

In my view the Court of Appeal and the trial judge were correct in not annulling the contract. I am further of the opinion, with due respect for the opposite view, that the Court of Appeal correctly dismissed the part of the claim based on mistake as to the nature of the soil.

To begin with, there was no evidence of fraud by the consulting engineers. The trial judge made no finding of fraud, and as I indicated above, the argument of counsel for the *Contractor* that the contract should be annulled was based primarily on mistake.

mation soit divisible à ce point de vue, ce qui est une question au moins discutable mais qui n'a pas été discutée.

Le premier juge a conclu qu'il était impossible de fixer à l'avance avec un minimum de précision le coût des retards occasionnés par les travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis. Il s'agit là d'une conclusion sur une question de fait et que personne n'a contestée comme comportant une erreur, manifeste ou non.

Les travaux d'assèchement se seraient terminés vers la fin de mai 1969. Il est concevable que l'on ait pu calculer dans les quelques semaines qui ont suivi le coût d'opération du système d'assèchement durant les délais. Quant aux coûts des autres délais, on ne pouvait probablement pas les évaluer avant la fin des travaux.

Pour ce qui est du coût de l'erreur sur la nature du sol, il est possible que l'on pouvait l'évaluer quelque temps après la découverte de l'erreur.

Mais ce sont là de pures conjectures et au fond nous n'en savons rien. Ce n'est pas sur ces questions que la preuve a porté et ni la Cour d'appel ni la Cour de première instance ne se sont prononcées sur ces questions de fait et de droit.

Dans ces conditions, je ne crois pas que l'on puisse demander à cette Cour de statuer pour la première fois et je rejetterais le moyen fondé sur la prescription.

V—L'erreur sur la nature du sol et la demande d'annulation du contrat

Je suis d'avis que la Cour d'appel et le premier juge ont eu raison de ne pas annuler le contrat. Je suis également d'avis, avec égard pour l'opinion contraire, que la Cour d'appel a eu raison de rejeter la partie de la réclamation résultant de l'erreur sur la nature du sol.

Disons tout de suite qu'il n'y a aucune preuve de fraude de la part des ingénieurs-conseils. Le premier juge n'a pas conclu à la fraude et, comme je l'ai indiqué plus haut, c'est sur l'erreur que le procureur de l'*Entrepreneur* a insisté pour demander l'annulation du contrat.

However, counsel for the *Owner* maintained, one of the very purposes of clause 12 of the General Conditions is to avoid the contract being annulled at the request of the *Contractor*.

I find this argument conclusive.

There is some authority for the view that, when a building contractor in the course of his work encounters major and unforeseen difficulties due to the nature of the soil or other similar causes, he must suspend the work and ask for the contract to be annulled on the ground of mistake. However, he cannot perform the work and ask for additional compensation if he has completed the work without concluding a new agreement: *Eastern Construction Ld. v. City of Montreal* (1936), 74 C.S. 196; *J. E. Brazeau Ltée v. Ville de Pierrefonds*, [1970] C.S. 282, at p. 284; *Sera Inc. v. Hydro-Semence Inc.*, [1976] C.S. 331. Furthermore, these judgments apply general principles under which mistake and fraud, since they only give rise to relative nullity, can no longer be pleaded by a victim who, having discovered them, has gone on to perform the contract: *United Shoe Machinery Company of Canada v. Brunet*, [1909] A.C. 330; *La Cie J. A. Gosselin Ltée v. Péloquin and Blanchett*, [1957] S.C.R. 15.

However, the application of these principles to a building contract has been criticized, because from a practical standpoint, and perhaps even from a legal standpoint, interruption of the work and an immediate request to annul or renegotiate the contract imposes considerable risk on the contractor, such as that of being sued by subcontractors, losing the support of his surety, and exposing his business to bankruptcy if he loses his case after several years and after incurring considerable cost; see in this regard: Yves Bertrand, *Comment contracter avec les organismes publics?*—"La pratique du contrat administratif pour l'entrepreneur", 1974-75, Formation permanente du Barreau, Course 4, page 74, at pp. 109 to 111.

Additionally, a number of building contracts which do not include a provision such as clause 12 of the General Conditions are often unduly harsh

Mais, soutient le procureur du *Propriétaire*, l'un des buts de l'article 12 des Conditions générales, est précisément d'éviter l'annulation du contrat à la demande de l'*Entrepreneur*.

Je trouve cet argument péremptoire.

Selon une certaine jurisprudence, lorsqu'un entrepreneur en construction rencontre durant les travaux des difficultés majeures et imprévues dues à la nature du sol ou à d'autres causes analogues, il doit arrêter les travaux et demander l'annulation du contrat pour cause d'erreur. Mais il n'est plus recevable à le faire et à demander une rémunération supplémentaire s'il a complété les travaux sans conclure une nouvelle entente: *Eastern Construction Ld. c. City of Montreal* (1936), 74 C.S. 196; *J. E. Brazeau Ltée c. Ville de Pierrefonds*, [1970] C.S. 282, à la p. 284; *Sera Inc. c. Hydro-Semence Inc.*, [1976] C.S. 331. Ces jugements appliquent d'ailleurs des principes généraux suivant lesquels l'erreur et la fraude, n'étant cause que d'une nullité relative, ne peuvent plus être invoquées par la victime qui, les ayant découvertes, a continué d'exécuter le contrat: *United Shoe Machinery Company of Canada v. Brunet*, [1909] A.C. 330; *La Cie J. A. Gosselin Ltée c. Péloquin and Blanchett*, [1957] R.C.S. 15.

L'application de ces principes au contrat d'entreprise en construction a cependant été critiquée parce que, d'un point de vue pratique, et peut-être même d'un point de vue juridique, l'interruption des travaux et la demande immédiate d'annulation ou de renégociation du contrat font courir des risques considérables à un entrepreneur, tels celui de se voir lui-même poursuivre par des sous-traitants, celui de perdre l'appui de sa caution, celui d'exposer son entreprise à la faillite s'il perd son procès après plusieurs années et après avoir supporté des frais considérables; voir à ce sujet, Yves Bertrand, *Comment contracter avec les organismes publics?*—«La pratique du contrat administratif pour l'entrepreneur», 1974-75, Formation permanente du Barreau, cours 4, page 74, aux pp. 109 à 111.

D'autre part, un certain nombre de contrats d'entreprise en construction qui ne comportent pas de disposition comme l'article 12 des Conditions

on the contractor, in that they provide that the latter should not rely on information provided by the owner, should himself obtain information on the site, or that he has in fact obtained information on the soil conditions. In such cases, the courts have refused to compensate, on a *quantum meruit* basis, a contractor who has been misled, and they have refused to go beyond the draconian wording of the contract: *R. v. Paradis & Farley Inc.*, [1942] S.C.R. 10; *Atlas Construction Co. v. City of Montreal*, [1954] C.S. 350.

A clause like clause 12 of the General Conditions eliminates or at least reduces the problems mentioned above, resulting from a significant mistake as to the nature of the soil. However, by enabling the parties, for all practical purposes, to renegotiate the contract or part of the contract on the terms which it stipulates, or to demand that it be renegotiated, it of necessity excludes annulling the contract for mistake, one of the effects of which would be to prevent such renegotiation. One of its objectives is to avoid interrupting the work and encourage its completion.

Both the contractor and the owner derive some benefit from such a clause.

The contractor is practically certain of being compensated for additional costs either during the work or later, if he complies with the provisions of clause 12, and in particular, if he gives the notice provided for in that clause. He enjoys much greater protection than that afforded by contracts such as those in question in *R. v. Paradis & Farley Inc.*, *supra*, and *Atlas Construction Co. v. City of Montreal*, *supra*.

An owner who is thus informed of a mistake as to the nature of the soil knows that the contractor will probably not drop his claim, and he is enabled to reconsider his position. He can in practice be assured that the work will go forward if he wishes, but clause 19 of the General Conditions also enables him to unilaterally rescind the contract. He may conclude another agreement with the same contractor or some other. If he prefers for the work to continue under the new circumstances, he may make arrangements to monitor quantities

générales sont souvent d'une rigueur impitoyable pour l'entrepreneur en ce qu'ils stipulent que ce dernier ne doit pas se fier aux renseignements fournis par le propriétaire ou qu'il doit se renseigner lui-même sur la condition des lieux ou encore qu'il s'est effectivement renseigné sur les conditions du sol. Dans de tels cas, on a refusé d'indemniser, sur la base d'un *quantum meruit*, un entrepreneur induit en erreur et on s'en est tenu au texte draconien du contrat: *R. c. Paradis & Farley Inc.*, [1942] R.C.S. 10; *Atlas Construction Co. c. City of Montreal*, [1954] C.S. 350.

Or une clause comme celle de l'article 12 des Conditions générales supprime ou du moins amoindrit les inconvénients mentionnés ci-haut et qui découlent d'une erreur importante sur la nature du sol. Mais en permettant à toutes fins pratiques aux parties de renégocier le contrat ou une partie du contrat aux conditions qu'elle prescrit, ou d'exiger sa renégociation, elle exclut nécessairement l'annulation pour cause d'erreur dont l'un des effets serait précisément d'empêcher une telle renégociation. L'un de ses buts est d'éviter l'interruption des travaux et de favoriser leur parachèvement.

Et l'entrepreneur et le propriétaire trouvent des avantages à une telle clause.

L'entrepreneur est pratiquement assuré d'être indemnisé pour les coûts excédentaires soit durant les travaux soit plus tard s'il observe les prescriptions de l'article 12 et particulièrement, s'il donne l'avis prévu par cet article. Sa protection est beaucoup plus considérable que celle que lui donnent des contrats comme ceux dont il est question dans *R. c. Paradis & Farley Inc.*, précité, et *Atlas Construction Co. c. City of Montreal*, précité.

Le propriétaire, ainsi avisé d'une erreur sur la nature du sol, sait que l'entrepreneur ne renoncera vraisemblablement pas à sa réclamation et il est mis en mesure de reconsidérer sa position. La continuation des travaux lui est pratiquement assurée s'il le veut mais l'article 19 des Conditions générales lui permet aussi de résilier unilatéralement le contrat. Il pourra conclure une autre convention avec le même entrepreneur ou avec un autre. Ou s'il préfère que les travaux se poursuivent dans les conditions nouvelles, il pourra instau-

and costs of additional work so that the payments due the contractor under clauses 44 to 46 of the General Conditions can be made.

The practical effect of the notice would appear to be to place the parties in the position they enjoyed at the time of the bid.

However, once the work is complete, a contractor cannot claim in a court of law benefits similar to those which clause 12 would have guaranteed if he has not himself observed that clause and given the notice for which the clause provides. Otherwise, he would be depriving the owner of the benefits which he is guaranteed by clause 12.

In the case at bar, the *Contractor* knew the actual conditions of the soil in May 1968, but he did not inform the *Owner*. The latter could accordingly assume that no claim would be made against her in this regard.

It is true that the *Contractor* did not know at the time all the causes which might have contributed to his mistake or which could have prevented it; but he knew the consequences, which were not affected by the seriousness of the causes. He had found a substantial difference between the information on soil conditions at the work site, or a reasonable assumption based on that information, and the actual soil conditions. In order to preserve his rights, he had to notify the *Owner*. With such notice, his claim might have been more sure of success once the failure of the consulting engineers to provide him with all the information they had on the nature of the soil had been established. Without such notice, however, his claim in my opinion cannot succeed, whether such claim is based on a reasonable assumption on the basis of the information he was given or on the fault of the consulting engineers, because the parties were in exactly the position provided for by clause 12 of the General Conditions.

In my view it does not really matter whether the fault of the consulting engineers was contractual, delictual or quasi-delictual in nature. Clause 12 of the General Conditions is worded quite broadly, in order to cover each of these faults as a possible cause of mistake as to the nature of the soil. Its

rer un régime de surveillance des quantités et des coûts de travaux additionnels afin de procéder aux paiements dus à l'entrepreneur en vertu des articles 44 à 46 des Conditions générales.

L'avis aurait eu pour effet pratique de remettre les parties dans la situation où elles se trouvaient au moment de la soumission.

Mais l'entrepreneur ne peut, une fois les travaux terminés, réclamer dans un procès des avantages semblables à ceux que lui garantit l'article 12 des Conditions générales s'il n'a pas lui-même observé cet article en donnant l'avis qu'il prévoit. Autrement, il priverait le propriétaire des avantages que lui garantit l'article 12.

En l'espèce, l'*Entrepreneur* a connu les véritables conditions du sol dès le mois de mai 1968. Mais il n'en a nullement avisé le *Propriétaire*. Celui-ci pouvait dès lors compter qu'on ne lui adresserait aucune réclamation à ce sujet.

Il est vrai que l'*Entrepreneur* ne connaissait pas à l'époque toutes les causes qui avaient pu contribuer à son erreur ou qui auraient pu l'empêcher. Mais il en connaissait les effets qui n'ont pas été affectés par la gravité des causes. Il avait constaté un écart considérable entre les renseignements sur les conditions du sol à l'emplacement des travaux, ou une hypothèse raisonnable fondée sur ces renseignements, et les conditions réelles du sol. Il lui incombait d'en donner avis au *Propriétaire* pour réserver ses droits. Avec cet avis, le succès de sa réclamation eut peut-être été mieux assuré une fois établi le défaut des ingénieurs-conseils de lui communiquer tous les renseignements dont ils disposaient sur la nature du sol. Mais sans cet avis, sa réclamation doit échouer selon moi, que sa réclamation soit fondée sur une hypothèse raisonnable fondée sur les renseignements qu'on lui avait fournis ou sur la faute des ingénieurs-conseils car les parties se trouvaient exactement dans la situation prévue par l'article 12 des Conditions générales.

Il importe peu à mon avis, que la faute des ingénieurs-conseils ait été de nature contractuelle ou de nature délictuelle ou quasi-délictuelle. L'article 12 des Conditions générales est d'une rédaction bien assez large pour comprendre chacune de ces fautes comme cause possible de l'erreur sur la

application is so broad it would seem to include compensating the contractor even in cases where neither of the two parties has committed any fault, as for example in *Atlas Construction Co. v. City of Montreal*, *supra*. Although at first sight it appears to be a provision excluding liability, clause 12 in fact regulates the liability of the owner and the right of the contractor to be compensated in the event of a mistake as to the nature of the soil.

To the extent that the contractor, as in the case at bar, relied on information provided by the owner or on a reasonable assumption based on such information, the fact that he knew or did not know that the inaccuracy as to the nature of the soil was caused by a fault—of whatever kind—by the owner or one of her employees does not prevent the compensation machinery of clause 12 from applying.

However, the contractor may not take advantage of the compensation machinery established by clause 12 when he has not himself observed it.

In view of my conclusions on this item of the claim, it is not necessary to decide whether the record discloses that the consulting engineers were the servants or agents of the Crown, a point on which counsel for the *Owner* expressly stated that he did not insist.

Finally, it is not necessary to decide whether the trial judge made an error, obvious or otherwise, in quantifying this part of the claim.

VI—Cost of delay resulting from work in addition to that provided for in plans and specifications

This item of the claim contains three headings, for each of which, as noted above, the trial judge awarded compensation to the *Contractor*. According to the trial judge's findings of fact, these three amounts represent costs which were in fact incurred by the *Contractor* and which in fact benefited the *Owner*. It therefore only remains to decide whether the trial judge was right in concluding that these costs should be repaid to the *Contractor* under the contract.

nature du sol. Il est d'une portée si large qu'il paraît prévoir l'indemnisation de l'entrepreneur même dans des cas où aucune des deux parties n'a commis de faute comme par exemple dans *Atlas Construction Co. c. City of Montreal*, précité. Quoiqu'il ressemble à première vue à une stipulation de non-responsabilité, l'article 12 des Conditions générales règlemente en réalité la responsabilité du propriétaire et le droit de l'entrepreneur à une indemnisation au cas d'erreur sur la nature du sol.

Dans la mesure où, comme en l'espèce, l'entrepreneur s'est fié aux renseignements fournis par le propriétaire ou s'est basé sur une hypothèse raisonnable fondée sur ces renseignements, le fait de savoir ou d'ignorer que l'écart dans la nature du sol a été causé par une faute—de quelque nature qu'elle soit—du propriétaire ou de l'un de ses préposés n'affecte pas le déclenchement du mécanisme d'indemnisation de l'article 12.

Mais l'entrepreneur ne peut profiter du régime d'indemnisation établi par l'article 12 quand il ne s'y est pas lui-même conformé.

Vu mes conclusions sur ce chef de la réclamation, il n'est pas nécessaire de décider si le dossier révèle que les ingénieurs-conseils étaient les préposés ou les mandataires de la Couronne, un point sur lequel le procureur du *Propriétaire* a déclaré expressément ne pas insister.

Il n'est pas nécessaire enfin de décider si le premier juge a fait une erreur, manifeste ou non, dans l'évaluation de cette partie de la réclamation.

VI—Le coût des retards résultant des travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis

Ce chef de la réclamation comporte trois chapitres pour chacun desquels le premier juge a accordé une indemnisation à l'*Entrepreneur*, comme il est dit plus haut. Selon les conclusions de fait du premier juge, les montants de ces trois indemnisations représentent des coûts qui ont été effectivement assumés par l'*Entrepreneur* et qui ont effectivement profité au *Propriétaire*. Il reste donc seulement à décider si le premier juge a eu raison de juger que ces coûts sont remboursables à l'*Entrepreneur* en vertu du contrat.

The nature of the costs claimed under this item should first be clearly identified. In his submission, counsel for the *Contractor* identified all three under the same heading: [TRANSLATION] "the cost of delay in the principal work resulting from the imposition of certain additional work".

I feel that this terminology should be rejected.

First, it is not that of the contract, which speaks not of [TRANSLATION] "principal work" and "additional work" but of "work provided for in the plans and specifications" and "work in addition to that provided for in the plans and specifications".

Then, this terminology risks being misleading: by classifying some work as "principal" or "additional", it suggests that the word "work" is synonymous with "works" or "construction". In this sense, the spillway dam would be the principal work and the pillar which was rebuilt under the Samson Bridge, for example, would be additional work. The word "work" defined in clause 1.(1)(i) of the General Conditions has a much wider meaning that the words "works" or "construction": it also includes [TRANSLATION] "the whole of the [...] things required to be done [...] by the Contractor under the contract", and this includes work in addition to that provided for in the plans and specifications, which the *Contractor* is ordered to do under paragraph (1) of clause 38 of the General Conditions, as under that provision this work must be performed [TRANSLATION] "as if the same had appeared in and been part of the plans and specifications". It is also necessary to include, under clause 5 of the General Conditions, which also applies to work in addition to work provided for in the plans and specifications as much as to work contemplated, [TRANSLATION] "not only the particular type of work [...] mentioned but also any labour [...] necessary for the full performance, completion and delivery in a usable state of the work and materials".

In my view, the costs claimed under the three headings of this item all relate to work in addition to that provided for in the plans and specifications and imposed on the *Contractor* under paragraph (1) of clause 38 of the General Conditions.

Il importe d'abord de bien qualifier la nature des coûts réclamés sous ce chef. Dans son mémoire, le procureur de l'*Entrepreneur* les qualifie tous les trois sous la même étiquette: «le coût des retards aux travaux principaux résultant de l'imposition de certains travaux supplémentaires».

Je crois que cette terminologie doit être écartée.

En premier lieu, ce n'est pas celle du contrat qui parle, non pas de «travaux principaux» et de «travaux supplémentaires» mais de «travaux prévus aux plans et devis» et de «travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis».

Ensuite, cette terminologie risque d'être trompeuse: en qualifiant certains travaux de «principaux» ou de «supplémentaires», elle laisse entendre que le mot «travaux» est synonyme d'«ouvrages» ou de «constructions». Dans ce sens, le barrage-déversoir serait le travail principal tandis que le pilier reconstruit sous le pont Samson, par exemple, serait un travail supplémentaire. Or le mot «travaux» défini à l'article 1.(1)i) des Conditions générales a un sens bien plus étendu que les mots «ouvrages» ou «constructions»: il comprend aussi «la totalité des [...] choses que l'Entrepreneur est tenu de faire [...] en vertu du contrat» ce qui inclut les travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis et qui sont commandés à l'*Entrepreneur* en vertu du paragraphe (1) de l'article 38 des Conditions générales car, suivant cette disposition, ces derniers travaux doivent être exécutés «comme s'ils avaient figuré dans les plans et devis et en avaient fait partie». Il faut y inclure en outre, vu l'article 5 des Conditions générales, qui vise aussi les travaux en sus des travaux prévus aux plans et devis tout autant que les travaux prévus, «non seulement le genre particulier de travaux [...] mentionné mais également tout le travail [...] nécessaire à la parfaite exécution, à l'achèvement et à la livraison en état d'utilisation des travaux et matériaux».

A mon avis, les coûts réclamés sous les trois chapitres de ce chef sont tous relatifs à des travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis et imposés à l'*Entrepreneur* en vertu du premier paragraphe de l'article 38 des Conditions générales.

The dewatering work performed because of the delays is work in addition to that provided for in the plans and specifications, which the *Contractor* had to do if he was to perform the other work required of him under paragraph (1) of clause 38 of the General Conditions. Thus, the dewatering had to be done while the rebuilding of a pillar of the Samson Bridge, work not provided for in the plans and specifications, was in progress, and the *Owner*'s engineer by implication or expressly, but necessarily, ordered this unscheduled dewatering work by ordering that the pillar be repaired. This results from the fact that the building method proposed by the *Contractor* and approved by the *Owner* involves dewatering work along with other work.

The same is true, in my view, for work such as the heating of concrete during the winter and the removal of ice and snow. It was not included in the plans and specifications and was made inevitable as a consequence of work done in accordance with paragraph (1) of clause 38 of the General Conditions.

As regards the cost resulting from loss of efficiency of the labour force during the winter and from wage increases due to delays, I am of the view that these should be treated like the costs of work in addition to that provided for in the plans and specifications, in light of clause 7 of the General Conditions which states that time is of the essence of the contract. This clause applies to both parties, and if the changes ordered by the *Owner* cause a disruption of the critical path and an increase in costs, the *Owner* must bear them provided the other clauses of the contract make provision therefor, as I think is the case here.

I do not feel that a distinction should be made between fixed price work and unit price work, as regards payment for the cost of delays resulting from work in addition to that provided for in the plans and specifications. The crucial clauses of the contract, in this connection, are clauses 38 and 46 of the General Conditions and article II(2)(e) of the contract and clauses 1 and 2 of the Terms of Payment.

Les travaux d'assèchement exécutés à cause des retards sont des travaux en sus des travaux prévus aux plans et devis et que l'*Entrepreneur* devait forcément exécuter s'il s'acquittait des autres travaux qu'on lui imposait en vertu du premier paragraphe de l'article 38 des Conditions générales. Ainsi l'assèchement a dû se poursuivre durant la période de reconstruction d'un pilier du pont Samson, un travail non prévu aux plans et devis et l'Ingénieur du *Propriétaire* a implicitement ou expressément mais nécessairement ordonné ces travaux non prévus d'assèchement en ordonnant la réfection du pilier. Cela résulte de ce que la méthode de construction proposée par l'*Entrepreneur* et acceptée par le *Propriétaire* comporte des travaux d'assèchement en même temps que les autres travaux.

Il en va de même, à mon avis, pour des travaux tels le chauffage du béton durant l'hiver et l'enlèvement de la neige et de la glace. Ils n'étaient pas compris dans les plans et devis et ils ont été rendus inévitables à la suite des travaux imposés en vertu du premier paragraphe de l'article 38 des Conditions générales.

Quant au coût résultant de la diminution du rendement de la main-d'œuvre durant l'hiver, et à celui résultant des augmentations de salaires dues aux délais, je suis d'avis qu'il faut les assimiler à des coûts de travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis, vu l'article 7 des Conditions générales qui porte que le temps est de l'essence du contrat. Cet article vaut pour les deux parties et si les changements ordonnés par le *Propriétaire* causent une perturbation du cheminement prévu et une augmentation des coûts, le *Propriétaire* doit les supporter pourvu que les autres clauses du contrat y pourvoient comme je pense que c'est le cas.

Je ne crois pas qu'il y ait lieu de distinguer entre les travaux à prix fixe et les travaux à prix unitaires en ce qui concerne le paiement du coût des retards résultant des travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis. Les clauses déterminantes du contrat, à ce point de vue, sont les articles 38 et 46 des Conditions générales ainsi que l'article II(2)e) du contrat et les articles 1 et 2 des Modalités de paiement.

Paragraph (1) of clause 38 of the General Conditions, and clause 46 of those Conditions, are so far as I can see the only clauses of the contract which apply equally to fixed price work and to unit price work.

When the work ordered by the *Owner* under paragraph (1) of clause 38 of the General Conditions is fixed price work, like pumping, paragraphs (2), (3), (4) and (5) of the same clause must be applied, and they refer to clause 46 when the parties are not in agreement.

It is true that the *Owner*'s Engineer did not decide in the circumstances that the change had increased the cost of the work, but the *Contractor*'s right to compensation cannot depend on the discretion of the Engineer, any more than the quantum of such compensation, which is calculated in accordance with clause 46 of the General Conditions. For all practical purposes the cost in question, under paragraph (1)(a) and (b) of clause 46, is the actual cost of eligible expenses, representing costs directly attributable to performance of unscheduled dewatering work, plus 10 per cent. All costs under this heading clearly fall within the categories of eligible expenses under paragraph (2) of clause 46, which indeed appears to admit nearly all conceivable payments, but which does not cover, for example, losses such as those of anticipated profits.

The trial judge estimated the cost of this heading at $60,850, and he correctly allowed it in view of the provisions which I have just mentioned and clause 1 and paragraphs (1)(e) and (2) of clause 2 of the Terms of Payment.

However, a question arises which neither the trial judge nor the Court of Appeal had to answer in view of their findings: should the Court subtract from the sum of $60,850 awarded by the trial judge the cost of additional pumping done during the delays because of the mistake as to the nature of the soil, in view of its findings on this last item of the claim?

In so far as the dewatering work done during the delays forms an integral part of work in addition

Le paragraphe (1) de l'article 38 des Conditions générales, tout comme l'article 46 de ces Conditions sont, à ma connaissance, les seules clauses du contrat qui s'appliquent également aux travaux à prix fixe et aux travaux à prix unitaires.

Lorsque les travaux ordonnés par le *Propriétaire* en vertu du paragraphe (1) de l'article 38 des Conditions générales sont des travaux à prix fixe, comme les travaux de pompage, il faut appliquer les paragraphes (2), (3), (4) et (5) du même article qui renvoient à l'article 46 lorsque les parties ne s'entendent pas.

Il est vrai que l'Ingénieur du *Propriétaire* n'a pas décidé en l'occurrence que le changement a augmenté le coût des travaux, mais le droit de l'*Entrepreneur* à une indemnisation ne peut dépendre du bon vouloir de l'Ingénieur, pas plus d'ailleurs que le quantum de cette indemnisation qui est calculé en conformité de l'article 46 des Conditions générales. A toutes fins pratiques, il s'agit, selon les paragraphes 1a) et b) de l'article 46, du coût réel des dépenses admissibles représentant les frais directement attribuables à l'exécution des travaux d'assèchement non prévus, plus 10 pour 100. Tous les coûts de ce chapitre entrent clairement dans les catégories des dépenses admissibles en vertu du paragraphe (2) de l'article 46 qui paraît d'ailleurs admettre presque tous les paiements imaginables mais qui ne couvre pas, cependant, par exemple, des pertes comme celles de profits anticipés.

Le premier juge a évalué le coût de ce chapitre à 60,850$ et il a eu raison de le maintenir, vu les dispositions que je viens de mentionner ainsi que l'article 1 et les paragraphes (1)e) et (2) de l'article 2 des Modalités de paiement.

Il se pose cependant une question à laquelle ni le premier juge ni la Cour d'appel n'ont eu à répondre vu leurs conclusions: doit-on retrancher du montant de 60,850$ accordé par le premier juge le coût du pompage additionnel effectué durant les délais à cause de l'erreur sur la nature du sol étant donné nos conclusions sur ce dernier chef de réclamation?

Dans la mesure où les travaux d'assèchement exécutés durant les délais font partie intégrante

to that provided for in the plans and specifications, the compensation provisions of clause 12 of the General Conditions cannot be applied to it.

Clause 12 applies to the case of a contractor who relies on information contained in the plans and specifications regarding the nature of the soil in preparing his bid, in light of the work provided for in the plans and specifications.

However, when the owner orders work in addition to that provided for in the plans and specifications, the situation is no longer that contemplated by clause 12 but that covered by clause 38, and it is the provisions of the latter clause which must be used in determining the amount the contractor will be entitled to for the fixed price portion of work done in addition to that provided for in the plans and specifications.

It then becomes a matter not of compensating the contractor for the additional cost of pumping caused by a mistake as to the nature of the soil, but of fixing the price of work which was not included in the plans and specifications. This price represents the actual cost of work in addition to that provided for in the plans and specifications, and is thus the actual cost of pumping made necessary in connection with such work, plus 10 per cent.

In other words, the consequences of failure to give the notice required by clause 12 of the General Conditions cannot be extended to pumping done during work in addition to that provided for in the plans and specifications. These are two different situations and the contract provides for them two schemes of compensation subject to different conditions.

When the work ordered by the owner under paragraph (1) of clause 38 of the General Conditions is unit price work, it is covered by paragraph (2)(e) of article II of the contract, which also refers to clause 46 of the General Conditions when the parties are unable to agree. Payment of the cost determined by this method is authorized by clause 1 and paragraph (1)(a) of clause 2 of the Terms of Payment.

des travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis, on ne peut pas leur appliquer le régime d'indemnisation de l'article 12 des Conditions générales.

L'article 12 en effet règle le cas de l'entrepreneur qui se base sur les renseignements contenus aux plans et devis relativement à la nature du sol pour l'établissement de sa soumission, dans le cadre des travaux prévus aux plans et devis.

Cependant lorsque le propriétaire commande des travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis, on ne se trouve plus dans la situation prévue par l'article 12 mais dans celle que prévoit l'article 38 et c'est le mécanisme prévu par ce dernier qui sert à établir le montant auquel l'entrepreneur aura droit pour la partie à prix fixe des travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis.

Il ne s'agit plus d'indemniser l'entrepreneur pour le coût additionnel de pompage causé par une erreur sur la nature du sol mais bien de fixer le prix des travaux qui n'étaient pas compris dans les plans et devis. Ce prix représente le coût réel des travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis, donc le coût réel du pompage nécessité dans le cadre de ces mêmes travaux, plus 10 pour 100.

En d'autres termes, on ne saurait étendre les conséquences du défaut de l'avis requis par l'article 12 des Conditions générales au pompage exécuté pendant les travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis. Il s'agit là de deux situations différentes pour lesquelles le contrat prévoit deux mécanismes d'indemnisation soumis à des conditions différentes.

Lorsque les travaux ordonnés par le propriétaire en vertu du premier alinéa de l'article 38 des Conditions générales sont des travaux à prix unitaires, il faut appliquer le paragraphe (2)e) de l'article II du contrat qui renvoie également à l'article 46 des Conditions générales quand les parties ne parviennent pas à s'entendre. Le paiement du coût déterminé par cette méthode est autorisé par l'article 1 et le paragraphe (1)a) de l'article 2 des Modalités de paiement.

It is true that in the case at bar, the *Owner*'s Engineer did not incorporate in the unit prices the costs eligible under clause 46 of the General Conditions, but here again the right of the *Contractor* to compensation cannot depend on the discretion of the Engineer, any more than can the quantum of the compensation.

Il est vrai qu'en l'instance, l'Ingénieur du *Propriétaire* n'a pas incorporé aux prix unitaires les coûts admissibles en vertu de l'article 46 des Conditions générales mais ici non plus le droit de l'*Entrepreneur* à une indemnisation ne peut dépendre du bon vouloir de l'Ingénieur, pas plus que le quantum de l'indemnisation.

It is also true that in estimating the costs of these two headings at $31,390 and $3,860, the trial judge also did not incorporate them in the unit prices, but it was also unnecessary to do so at his level because he was required to liquidate the claim on the basis of the actual cost of unscheduled work plus 10 per cent, as provided for in clause 46 of the General Conditions.

Il est vrai également qu'en évaluant à 31,390$ et 3,860$ les coûts de ces deux chapitres, le premier juge ne les a pas non plus incorporés aux prix unitaires mais il n'y a plus lieu de le faire à son niveau car il doit liquider la réclamation en se fondant sur le coût réel des travaux non prévus plus 10 pour 100, comme le stipule l'article 46 des Conditions générales.

Finally, it is true that the *Contractor* has already received from the *Owner*, as indicated earlier, amounts totalling $289,700.20 for unit price work in addition to that provided for in the plans and specifications. It might have been advisable for the *Contractor* to reserve his rights when receiving these amounts; but he waived nothing and cannot be presumed to have waived anything.

Il est vrai enfin que l'*Entrepreneur* a déjà reçu du *Propriétaire*, comme il est dit plus haut, des sommes se montant à 289,700.20$ pour des travaux à prix unitaires en sus de ceux prévus aux plans et devis. Peut-être eut-il été prudent qu'il réserve ses droits en recevant ces sommes. Mais il n'a renoncé à rien et on ne peut présumer de sa renonciation.

Could the *Contractor* have tried to calculate the cost of the delays and incorporated them in the unit prices? The trial judge says the following in this regard:

L'*Entrepreneur* aurait-il pu essayer de calculer le coût des retards et de les incorporer aux prix unitaires? Voici ce qu'écrit le premier juge à ce propos:

> Although there were some 30 changes and additions ordered to the original contract Plaintiff is only claiming for delays resulting from three of them. While it was argued that in making its estimates as to the costs of these extras and submitting them for approval to the engineer Plaintiff should have included an allowance for the consequential cost of delays on other work on the general contract, I do not accept this argument.
>
> It would clearly be impossible to foresee with any accuracy what additional costs would be incurred by delay of other work as a result of undertaking the extras for which a price was submitted and approved, and it would appear that if any attempt had been made to include such consequential costs in the tenders this would have been rejected as being too hypothetical and incapable of determination until the work was actually done.

> Même si quelque 30 ordres de modification ont été ajoutés au contrat initial, la demanderesse ne fait que réclamer les coûts des délais résultant de trois de ces ordres. Je rejette l'argument selon lequel au moment d'évaluer les coûts de ces travaux supplémentaires et de les soumettre à l'approbation de l'ingénieur, la demanderesse aurait dû prévoir une allocation pour les coûts indirects découlant des délais d'exécution d'autres travaux prévus au contrat général.
>
> Il est clairement impossible de prévoir, en toute exactitude, quels seront les coûts additionnels engagés par suite des délais dans l'exécution d'autres travaux occasionnés par les travaux supplémentaires pour lesquels un prix fut soumis et approuvé, et il semble que toute tentative pour inclure de tels coûts indirects dans les soumissions aurait été rejetée comme étant trop hypothétique et indémontrable jusqu'à ce que le travail ait été réellement exécuté.

As I mentioned earlier, this is a conclusion of fact which no one has disputed as containing any error, obvious or otherwise.

The trial judge was accordingly correct in allowing these two headings of the claim relating to the cost of delays caused by work not provided for in the plans and specifications and payable by the unit price method.

I will add the following to articulate my reasoning as to how the provisions of the contract relating to the cost of work not provided for, but ordered by the *Owner* pursuant to paragraph (1) of clause 38 of the General Conditions, should be interpreted.

The purpose of the various provisions which I have analysed is to ensure the *Contractor* that, in the event he cannot reach agreement with the *Owner*, he will be compensated up to the actual cost plus 10 per cent with regard to such work, on which he made no bid but which he is required to perform, whether the work is on a fixed price or unit price basis. In return for being bound by the *Owner*'s new requirements, the *Contractor* is freed from the constraints of competition involved in the making of bids and is thus encouraged to perform the unscheduled work rather than interrupt it or refuse to carry it out, which also constitutes a benefit for the *Owner*. These provisions thus have a similar purpose to that of clause 12 of the General Conditions, regarding mistake as to the nature of the soil: it is designed to encourage full completion of the contract, including work in addition to that provided in the plans and specifications, guaranteeing the *Contractor* complete compensation for work on which he made no bid.

I would also agree with the following reasons of the trial judge:

> Reading the Specifications and General Conditions of these contracts by the Department of Public Works as a whole it is evident that the intent is to provide a fair and equitable basis for settling claims by a contractor whether the contract is on a unit price or lump sum basis provided such claims are legitimate and arise out of extra work duly authorized and completed . . .

Je l'ai déjà dit, il s'agit là d'une conclusion de fait que personne n'a attaquée comme comportant une erreur, manifeste ou non.

Le premier juge a donc également eu raison de maintenir ces deux chapitres de la réclamation relatifs au coût des retards résultant de travaux non prévus aux plans et devis et payable par la méthode des prix unitaires.

J'ajouterai ce qui suit pour préciser ma pensée à propos de l'interprétation qu'il faut donner aux dispositions du contrat relatives au coût des travaux qui n'y sont pas prévus et qui sont ordonnés par le *Propriétaire* en vertu du paragraphe (1) de l'article 38 des Conditions générales.

Le but des diverses dispositions que j'ai analysées est d'assurer à l'*Entrepreneur* qu'à défaut d'entente avec le *Propriétaire*, il sera indemnisé, jusqu'à concurrence du coût réel plus 10 pour 100, relativement à ces travaux pour lesquels il n'a pas fait de soumission mais qu'il est obligé d'exécuter, et ce, qu'il s'agisse de travaux à prix fixe ou de travaux à prix unitaires. Lié par les nouvelles exigences du *Propriétaire*, l'*Entrepreneur* est libéré, en contre-partie, des contraintes de la concurrence que comportaient les soumissions et il est ainsi incité à exécuter les travaux non prévus plutôt qu'à les interrompre ou à refuser de les exécuter, ce qui constitue également un avantage pour le *Propriétaire*. Ces dispositions comportent donc un but analogue à celui de l'article 12 des Conditions générales, relatif à l'erreur sur la nature du sol: il est destiné à favoriser l'exécution complète du contrat y compris les travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis, en assurant l'indemnisation complète de l'*Entrepreneur* relativement à des travaux pour lesquels il n'a pas fait de soumission.

Je suis également d'accord avec les motifs suivants du premier juge:

> Considérés dans leur ensemble, il ressort clairement que les devis et les conditions générales de ces contrats préparés par le ministère des Travaux public visent à donner, à un entrepreneur, une base équitable et juste pour régler des réclamations, que le contrat soit sur une base de prix unitaires ou forfaitaire en autant que de telles réclamations soient légitimes et proviennent de travaux supplémentaires dûment autorisés et achevés . . .

As might be expected and is quite proper the Specifications and General Conditions are so drawn as to provide every possible protection for the Department against unprovable, exaggerated, or excessive claims. It is nevertheless a fundamental rule of legal interpretation that in cases of doubt a contract must be interpreted against the party who has drawn the contract and in favour of him with whom he contracts.

VIII—Conclusions

The *Contractor* is entitled to $60,850 for the cost of operating the dewatering system during the delays, $31,390 for cost increases due to the performance of work during the winter, $3,860 for wage increases due to delays, $29,796.96 which the *Owner* acknowledged owing, and 10 per cent of the foregoing amounts, namely $12,589.69, making a total amount of $138,486.65.

I would allow the appeal in part, reverse the judgments of the Federal Court of Appeal and of the Federal Court Trial Division, and allow the action for the sum of $138,486.65 with interest at the legal rate from December 5, 1974[3], and costs of an action of this class in all courts.

*Appeal allowed in part.*

*Solicitors for the appellant: Guy, Mercier, Bertrand, Bourgeois & Laurent, Montreal.*

*Solicitor for the respondent: Jean-Claude Ruelland, Ottawa.*

[3] See [1982] 2 S.C.R. 674.

Comme c'est la coutume, les devis et les conditions générales sont rédigés de façon à donner au Ministère toute garantie possible à l'encontre de réclamations indémontrables, exagérées ou excessives. Il n'en reste pas moins une règle fondamentale d'interprétation juridique, savoir qu'en cas de doute, un contrat doit être interprété à l'encontre de la partie qui l'a rédigé et en faveur de l'autre partie au contrat.

VIII—Conclusions

L'*Entrepreneur* a droit à la somme de 60,850$ pour le coût d'opération du système d'assèchement durant les délais, à celle de 31,390$ pour les augmentations de coûts dues à l'exécution de travaux durant l'hiver, à celle de 3,860$ pour les augmentations de salaires dues aux délais, à celle de 29,796.96$ que le *Propriétaire* reconnaît lui devoir, plus 10 pour 100 des sommes qui précèdent, soit 12,589.69$, pour un montant total de 138,486.65$.

J'accueillerais en partie le pourvoi, j'infirmerais l'arrêt de la Cour d'appel fédérale ainsi que le jugement de la Division de première instance de la Cour fédérale et je maintiendrais l'action pour un montant de 138,486.65$ avec intérêts au taux légal à compter du 5 décembre 1974[3] et les dépens d'une action de cette classe dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli en partie.*

*Procureurs de l'appelante; Guy, Mercier, Bertrand, Bourgeois & Laurent, Montréal.*

*Procureur de l'intimée: Jean-Claude Ruelland, Ottawa.*

[3] Voir [1982] 2 R.C.S. 674.

**Corpex (1977) Inc.**

and

**Her Majesty The Queen in right of Canada**

and

**Her Majesty The Queen in right of Canada** *Applicant on re-hearing*;

and

**Corpex (1977) Inc.** *Respondent on re-hearing.*

File No.: 15996.

1983: May 2; 1983: May 17.

Present: Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

MOTION FOR A RE-HEARING AND RE-HEARING

*Practice — Motion for re-hearing — Re-hearing — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, s. 51.*

*Crown — Payment of interest — Crown ordered to pay contractor with interest from date action was instituted — Re-hearing — Judgment varied — Interest payable from date of trial judgment — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 35, 40 — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19 as amended, s. 52.*

*R. v. Roger Miller & Sons Ltd.*, [1930] S.C.R. 293; *Hochelaga Shipping & Towing Co. v. The King*, [1944] S.C.R. 138; *R. and Royal Bank of Canada v. Racette*, [1948] S.C.R. 28; *R. v. Carroll*, [1948] S.C.R. 126, referred to.

MOTION FOR RE-HEARING AND RE-HEARING to vary a judgment rendered by this Court on November 23, 1982, [1982] 2 S.C.R. 643. Motion granted and judgment varied.

*Jean-Marc Aubry*, for the applicant on re-hearing.

*Michel Fleury*, for the respondent on re-hearing.

THE COURT—This is a re-hearing pursuant to Rule 51 of the Supreme Court of Canada. It seeks

**Corpex (1977) Inc.**

et

**Sa Majesté La Reine du chef du Canada**

et

**Sa Majesté La Reine du chef du Canada** *Requérante en nouvelle audition*;

et

**Corpex (1977) Inc.** *Intimée en nouvelle audition.*

N° du greffe: 15996.

1983: 2 mai; 1983: 17 mai.

Présents: Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

REQUÊTE EN NOUVELLE AUDITION ET NOUVELLE AUDITION

*Pratique — Requête en nouvelle audition — Nouvelle audition — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 51.*

*Couronne — Paiement d'intérêt — Couronne condamnée à indemniser un entrepreneur avec intérêt à compter de la date de l'institution de l'action — Nouvelle audition — Jugement modifié — Intérêt payable à compter de la date du jugement de première instance — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 35, 40 — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19 et modifications, art. 52.*

Jurisprudence: *R. c. Roger Miller & Sons Ltd.*, [1930] R.C.S. 293; *Hochelaga Shipping & Towing Co. c. The King*, [1944] R.C.S. 138; *R. and Royal Bank of Canada c. Racette*, [1948] R.C.S. 28; *R. c. Carroll*, [1948] R.C.S. 126.

REQUÊTE EN NOUVELLE AUDITION et NOUVELLE AUDITION visant la modification d'un arrêt rendu par cette Cour le 23 novembre 1982, [1982] 2 R.C.S. 643. Requête accordée et jugement modifié.

*Jean-Marc Aubry*, pour la requérante en nouvelle audition.

*Michel Fleury*, pour l'intimée en nouvelle audition.

LA COUR—Il s'agit d'une nouvelle audition autorisée en vertu de l'art. 51 de la Cour suprême

to vary a judgment handed down by this Court on November 23, 1982, which *inter alia* allowed respondent's action against the applicant in the Federal Court in the amount of $138,486.65, "with interest at the legal rate from December 5, 1974", the date the action was instituted.

(1) Whereas the applicant on re-hearing asks that this judgment be varied to make the interest run from November 20, 1978, the date of the trial judgment;

(2) Whereas s. 35 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, provides:

**35.** In adjudicating upon any claim againt the Crown, the Court shall not allow interest on any sum of money that the Court considers to be due to the claimant, in the absence of any contract stipulating for payment of such interest or of a statute providing in such a case for the payment of interest by the Crown;

(3) In view of *R. v. Roger Miller & Sons Ltd.*, [1930] S.C.R. 293; *Hochelaga Shipping & Towing Co. v. The King*, [1944] S.C.R. 138; *R. and Royal Bank of Canada v. Racette*, [1948] S.C.R. 28; *R. v. Carroll*, [1948] S.C.R. 126;

(4) In view of the contract binding on the parties, which does not stipulate for the payment of interest by the Crown on monies owed, except for amounts payable under paragraph 4 of clause 4 of the "Terms of Payment", a provision which does not apply here;

(5) In view of the following submission contained in the factum of applicant:

[TRANSLATION] 8. We admit, however, that in accordance with section 52 of the *Supreme Court Act* and section 40 of the *Federal Court Act*, the Crown may pay interest at the rate prescribed by section 3 of the *Interest Act* from the time the trial judgment was rendered on November 20, 1978;

(6) Whereas in the Federal Court of Appeal applicant raised the question now at issue, but refrained from doing so in the submission filed in this Court and at the hearing of the appeal;

du Canada. Elle vise la modification d'un arrêt rendu par cette Cour le 23 novembre 1982 qui conclut entre autres au maintien de l'action de l'intimée contre la requérante en Cour fédérale pour un montant de $138,486.65 «avec intérêts au taux légal à compter du 5 décembre 1974», date de l'institution de l'action.

1) Attendu que la requérante en nouvelle audition demande que cet arrêt soit modifié de façon à ce qu'il fasse courir les intérêts à compter du 20 novembre 1978, date du jugement de première instance;

2) Considérant que l'art. 35 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, prescrit;

**35.** Lorsqu'elle statue sur une demande contre la Couronne, la Cour n'accorde d'intérêt sur aucune somme qu'elle estime être due au demandeur, à moins qu'il n'existe un contrat stipulant le paiement d'un tel intérêt ou une loi prévoyant, en pareil cas, le paiement d'intérêt par la Couronne.

3) Considérant les arrêts *R. c. Roger Miller & Sons Ltd.*, [1930] R.C.S. 293; *Hochelaga Shipping & Towing Co. c. The King*, [1944] R.C.S. 138; *R. and Royal Bank of Canada c. Racette*, [1948] R.C.S. 28; *R. c. Carroll*, [1948] R.C.S. 126;

4) Vu le contrat liant les parties lequel ne stipule aucune obligation pour la Couronne de payer l'intérêt sur les sommes dues sauf s'il s'agit d'une somme payable en vertu du paragraphe (4) de l'article 4 des «Modalités de paiement», une disposition sans application en l'espèce;

5) Considérant la proposition suivante que l'on trouve au mémoire de la requérante;

8. Nous reconnaissons cependant qu'en vertu de l'article 52 de la *Loi sur la Cour suprême* et l'article 40 de la *Loi sur la Cour fédérale* la Couronne pourrait payer l'intérêt au taux prescrit par l'article 3 de la *Loi sur l'intérêt* à compter du moment où le jugement de première instance fut rendu soit le 20 novembre 1978.

6) Considérant que la requérante avait soulevé en Cour d'appel fédérale la question présentement en litige mais qu'elle s'est abstenue de le faire dans le mémoire qu'elle a produit en cette Cour ainsi qu'à l'audition du pourvoi;

NOW THEREFORE it is ordered that the judgment rendered by this Court on November 23, 1982 be varied by substituting the words "with interest at the rate prescribed in s. 3 of the *Interest Act* from November 20, 1978, the date of the trial judgment" for the words "with interest at the legal rate from December 5, 1974".

Applicant shall nevertheless pay the costs of the motion for a re-hearing and the re-hearing.

*Motion granted and judgment varied.*

*Solicitor for the applicant on re-hearing: R. Tassé, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent on re-hearing: Guy, Mercier, Bertrand, Bourgeois & Laurent, Montreal.*

EN CONSEQUENCE il est ordonné que l'arrêt rendu par cette Cour le 23 novembre 1982 soit modifié par la substitution des mots «avec intérêts au taux prescrit à l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt* à compter du 20 novembre 1978, date du jugement de première instance» aux mots «avec intérêts au taux légal à compter du 5 décembre 1974».

Néanmoins, la requérante paiera les dépens de la requête en nouvelle audition et de la nouvelle audition.

*Requête accordée et jugement modifié.*

*Procureur de la requérante en nouvelle audition: R. Tassé, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimée en nouvelle audition: Guy, Mercier, Bertrand, Bourgeois & Laurent, Montréal.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*;

and

**Barry Wayne Dunn** *Respondent.*

File No.: 16675.

1982: May 4; 1982: November 23.

Present: Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Drug trafficking — Restricted drug occurring naturally in "magic mushrooms" — Restricted drug indicated to the object of sale — Acquittal given at close of Crown's case — Whether or not respondent guilty of trafficking — Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, ss. 40, 41, 42.*

Respondent was charged with trafficking in a restricted drug, Psilocybin, pursuant to s. 42(1) of the *Food and Drugs Act*. Undercover police officers had purchased "magic mushrooms"—mushrooms in which Psilocybin occurs naturally—from him, and the conversation clearly indicated Psilocybin to be the object of the sale. The Crown appealed the acquittal of respondent given at the conclusion of the Crown's case. The County Court and the Court of Appeal both upheld that verdict.

*Held*: The appeal should be allowed.

A properly instructed trier of fact could have convicted respondent of trafficking in Psilocybin on the evidence before him. The mushrooms contained Psilocybin, not merely its constituent elements. Respondent, knowing this, offered the mushrooms for sale at a price exceeding their value as food with the assurance that they were "good stuff". The drug, even though contained in mushrooms, was still restricted and the subject of a conviction of unlawful possession. To be unlawful, however, there must be present a knowledge of the nature of the substance possessed.

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*;

et

**Barry Wayne Dunn** *Intimé.*

N° du greffe: 16675.

1982: 4 mai; 1982: 23 novembre.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

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

*Droit criminel — Trafic de drogue — Drogue d'usage restreint que contiennent à l'état naturel les «champignons magiques» — L'objet indiqué de la vente est la drogue d'usage restreint — Acquittement prononcé à la fin de la preuve de la poursuite — L'intimé est-il coupable de trafic? — Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 40, 41, 42.*

L'intimé a été accusé de trafic d'une drogue d'usage restreint, la psilocybine, en vertu du par. 42(1) de la *Loi des aliments et drogues*. Des agents secrets ont acheté à l'intimé des «champignons magiques», des champignons dans lesquels la psilocybine se trouve à l'état naturel, et les conversations indiquent clairement que la psilocybine était l'objet de la vente. La poursuite a interjeté appel à l'encontre de l'acquittement prononcé en faveur de l'intimé à la fin de la preuve de la poursuite. La Cour de comté et la Cour d'appel ont maintenu ce verdict.

*Arrêt*: Le pourvoi est accueilli.

La preuve faite devant le juge du procès permettait à un juge des faits qui a reçu des directives appropriées de déclarer l'intimé coupable d'avoir fait le trafic de psilocybine. La psilocybine, et non seulement ses éléments constitutifs, était présente dans les champignons. L'intimé, qui le savait, a offert les champignons en vente à un prix qui dépasse leur valeur en tant qu'aliment et a donné l'assurance que c'était «du vrai». La drogue, même si elle est présente dans un champignon, reste quand même une drogue d'usage restreint et peut entraîner une déclaration de culpabilité de possession illégale. Cependant, pour qu'elle soit illégale, la possession doit comporter la connaissance de la nature de la substance que l'on possède.

*R. v. Parnell* (1979), 51 C.C.C. (2d) 413; *R. v. Cartier* (1980), 54 C.C.C. (2d) 32, distinguished; *Director of Public Prosecutions v. Goodchild*, [1978] 2 All E.R. 161, referred to.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal, June 5, 1981, dismissing an appeal from a judgment of the County Court of Vancouver Island, dismissing an appeal from an acquittal rendered by Metzger P.C.J. Appeal allowed.

*S. David Frankel*, for the appellant.

*Edward A. Holekamp*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—In this appeal the Crown seeks to have the Court consider and overrule a judgment of the Court of Appeal of British Columbia in *R. v. Parnell* (1979), 51 C.C.C. (2d) 413, and that of the Court of Appeal for Alberta in *R. v. Cartier* (1980), 54 C.C.C. (2d) 32. These cases held that mere possession of the substance known as Psilocybin, as an integral part of the plant in which it is found in nature, cannot support a conviction for possession of a restricted drug contrary to s. 41(1) of the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27. The British Columbia Court of Appeal in reaching its conclusion in *Parnell* accepted the reasoning of Lord Diplock in *Director of Public Prosecutions v. Goodchild*, [1978] 2 All E.R. 161, a case involving charges of possession of various hallucinogenic substances known as cannabinol derivatives in parts of the cannabis plant in the form in which the substance appears in nature.

The facts may be simply stated. The respondent was charged with trafficking in a restricted drug, pursuant to s. 42(1) of the *Food and Drugs Act*, in Courtenay, British Columbia, to two under-cover R.C.M.P. officers on November 22, 1980. The

Jurisprudence: distinction faite avec les arrêts *R. v. Parnell* (1979), 51 C.C.C. (2d) 413; *R. v. Cartier* (1980), 54 C.C.C. (2d) 32; arrêt mentionné: *Director of Public Prosecutions v. Goodchild*, [1978] 2 All E.R. 161.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique rendu le 5 juin 1981, qui a rejeté un appel d'un jugement de la Cour de comté de l'Île de Vancouver, qui rejetait un appel d'un acquittement prononcé par le juge Metzger de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli.

*S. David Frankel*, pour l'appelante.

*Edward A. Holekamp*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Dans le présent pourvoi, la poursuite demande à la Cour d'examiner et de rejeter un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *R. v. Parnell* (1979), 51 C.C.C. (2d) 413 et un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta *R. v. Cartier* (1980), 54 C.C.C. (2d) 32. Ces arrêts décident que la simple possession d'une substance appelée psilocybine, qui fait partie intégrante d'une plante dans laquelle on la trouve à l'état naturel, ne peut entraîner une déclaration de culpabilité de possession d'une drogue d'usage restreint contrairement au par. 41(1) de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, chap. F-27. Dans les motifs de sa décision dans l'arrêt *Parnell*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accepté le raisonnement de lord Diplock dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Goodchild*, [1978] 2 All E.R. 161, une affaire concernant des accusations de possession de diverses substances hallucinogènes appelées dérivés de cannabinol qu'on trouve à l'état naturel dans des parties de la plante de cannabis.

Les faits peuvent être énoncés simplement. L'intimé a été accusé d'avoir fait le trafic d'une drogue d'usage restreint avec deux agents secrets de la G.R.C., le 22 novembre 1980, à Courtenay, en Colombie-Britannique, contrairement au par.

information was in these terms:

. . . on or about the 22nd day of November, 1980, at or near the City of Courtenay in the County of Nanaimo, in the Province of British Columbia, did UNLAWFULLY traffic in a restricted drug, to wit:

3-(2-(Dimethylamino)ethyl)-4-phosphoryloxyindole (Psilocybin),

CONTRARY TO THE FORM OF THE STATUTE IN SUCH CASE MADE AND PROVIDED:

The Crown proceeded summarily. The evidence revealed that Dunn met the police officers by a previous arrangement in the parking lot of a hotel. There the respondent produced a one-pound bag of mushrooms, which it was later shown contained the drug Psilocybin, and it was agreed that it would be sold to the undercover officers for $3,000. A conversation took place from which it was clear that the vendor was selling and that the purchaser was buying Psilocybin. This conversation between the respondent and the undercover police officers included these comments:

Respondent: This is a pound. We weighed it out with the scales.
Lefler: You're sure of that, eh?
Respondent: Yeah.

Constable Lefler then examined the bag of mushrooms.

Lefler: So this is the Psilocybin shit, eh.
Respondent: Yeah, that's the stuff. Why don't you try a chew.
Lefler: No thank you. I don't do that, it makes me sick. I'm only in this for the money. Dennis may want to.

Constable Lefler then handed the bag to Constable Boissonnault who examined it.

Boissonnault: (to Lefler) Well, Russ, you'd better get the money.
Boissonnault: (to the Respondent) You're sure this is good stuff.
Respondent: Why don't you chew on a few, five or six. That's for $3,000.00.

42(1) de la *Loi des aliments et drogues*. La dénonciation se lit ainsi:

[TRADUCTION] . . . le 22 novembre 1980 ou vers cette date, dans la ville de Courtenay ou dans ses environs, comté de Nanaïmo, Colombie-Britannique, a fait ILLEGALEMENT le trafic d'une drogue d'usage restreint, savoir:

Dihydrogénophosphate de 3-(diméthylamino-2 éthyle)-4-indole (Psilocybine),

CONTRAIREMENT AUX DISPOSITIONS DE LA LOI:

La poursuite a procédé par voie de poursuite sommaire. La preuve révèle que Dunn a donné rendez-vous aux policiers dans le stationnement d'un hôtel où il les a rencontrés. L'intimé a alors présenté un sac d'une livre de champignons, dont on a ensuite établi qu'ils contenaient de la psilocybine, et il a été convenu de sa vente aux deux agents secrets pour la somme de $3,000. La conversation qui a eu lieu révèle clairement que c'est de la psilocybine que le vendeur vendait et que l'acheteur achetait. Cette conversation entre l'intimé et les agents secrets comportait ces remarques:

[TRADUCTION]

L'intimé: Il y en a une livre. On l'a pesée sur les balances.
Lefler: Tu en est bien certain?
L'intimé: Oui.

L'agent Lefler a alors examiné le sac de champignons.

Lefler: C'est donc ça cette merde de psilocybine?
L'intimé: Ouais, c'est bien ça. Mâches-en un pour voir.
Lefler: Non merci. Je n'y touche pas, ça me rend malade. Je fais ça seulement pour l'argent. Dennis veut peut-être l'essayer.

L'agent Lefler a alors remis le sac à l'agent Boissonnault qui l'a examiné.

Boissonnault: (s'adressant à Lefler) Russ, tu devrais sortir l'argent.
Boissonnault: s'adressant à l'intimé) Tu es certain que c'est du vrai?
L'intimé: Pourquoi tu n'en mâches pas quelques-uns, cinq ou six? Il y en a pour $3,000.

The money was produced and at that moment other police officers arrived on the scene and the respondent was arrested.

Throughout these proceedings it had been agreed by all parties that Psilocybin is a restricted drug listed in Schedule H to the *Food and Drugs Act*, that it appears in nature in some types of mushrooms, several of which grow wild in British Columbia, and that the mushrooms offered for sale in the case at bar did contain the drug Psilocybin. At trial the respondent at the conclusion of the Crown's case moved for a dismissal of the charge on the basis that no evidence had been adduced to support the charge. The provincial court judge, following the *Parnell* case, *supra*, allowed the motion and acquitted the respondent. An appeal to the County Court was dismissed on the same basis as was a further appeal to the British Columbia Court of Appeal. The matter comes before us and the Crown asks us to review and overrule *Parnell* and *Cartier*.

Because of the way the matter was disposed of in the courts below, there are few findings of fact for the assistance of the Court. There was evidence from an expert that the mushrooms contained Psilocybin which could be extracted from the mushrooms in a somewhat complicated process. As I understand it, the expert evidence on this question was that the drug is found in the mushrooms in its free form. In argument before this Court counsel for the respondent agreed that this was so. I therefore conclude that the actual compound known as Psilocybin, not merely the constituent elements from which it could be chemically produced, exists in the mushrooms, and that its hallucinogenic effects may be obtained by chewing or eating the mushrooms.

Part 4 of the *Food and Drugs Act* deals with restricted drugs. Section 40 of the Act, the first section in Part 4, provides:

**40.** In this Part

"possession" means possession as defined in the *Criminal Code*;

"regulations" means regulations made as provided for by or under section 45;

L'argent a été présenté et à ce moment, d'autres policiers sont arrivés sur les lieux et l'intimé a été arrêté.

Dans les procédures en l'espèce, il a été admis par toutes les parties que la psilocybine est une drogue d'usage restreint inscrite à l'annexe H de la *Loi des aliments et drogues*, qu'elle se retrouve à l'état naturel dans certains genres de champignons, dont plusieurs poussent à l'état sauvage en Colombie-Britannique, et que les champignons en vente en l'espèce contenaient effectivement la drogue appelée psilocybine. Au procès, à la fin de la preuve de la poursuite, l'intimé a demandé le rejet de l'accusation pour le motif qu'il n'y avait pas de preuve à l'appui de l'accusation. Le juge de la cour provinciale qui a suivi l'arrêt *Parnell*, précité, a accueilli la requête et acquitté l'intimé. L'appel à la Cour de comté a été rejeté tout comme un appel ultérieur à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. La question nous est soumise et la poursuite nous demande de réviser et de rejeter les arrêts *Parnell* et *Cartier*.

Etant donné la façon dont on a disposé du litige dans les cours d'instance inférieure, il y a peu de constatations de faits qui aident la Cour. Un expert a témoigné que les champignons contenaient de la psilocybine qui peut être extraite des champignons par un processus assez compliqué. Si je comprends bien, le témoignage de l'expert sur cette question porte que la drogue se trouve à l'état naturel dans les champignons. Au cours des plaidoiries devant cette Cour, l'avocat de l'intimé a admis ce fait. Je conclus par conséquent que le composé connu comme étant la psilocybine, et non seulement les éléments constitutifs à partir desquels on peut la produire chimiquement, se trouve dans les champignons et qu'on peut obtenir ses effets hallucinogènes en mâchant ou en mangeant les champignons.

La Partie 4 de la *Loi des aliments et drogues* porte sur les drogues d'usage restreint. L'article 40 de la Loi, le premier article de la Partie 4, se lit:

**40.** Dans la présente Partie

«drogue d'usage restreint» désigne toute drogue ou autre substance mentionnée à l'annexe H;

«possession» signifie la possession au sens où l'entend le *Code criminel*;

"restricted drug" means any drug or other substance included in Schedule H;

"traffic" means to manufacture, sell, export from or import into Canada, transport or deliver, otherwise than under the authority of this Part or the regulations.

Schedule H appended to the Act lists the restricted drugs and includes:

3-(2-(Dimethylamino)ethyl)-4-phosphoryloxyindole (Psilocybin) or any salt thereof.

In *Parnell* Nemetz C.J.B.C., speaking for the court (Nemetz C.J.B.C., Aikins and Lambert JJ.A.), considered a case where a charge of possession resulted from the finding of a mushroom-like substance containing Psilocybin in the accused's residence. He reached the conclusion that the simple possession of mushrooms containing the restricted drug as it occurs in nature would not support a conviction for possession. At p. 414 of the report he said:

> There is no doubt that the mushrooms found in the possession of the respondent contained psilocybin, though there was no evidence of what quantity of the drug was present in the mushrooms. Counsel for the respondent submitted, first, that the mere possession of the substance psilocybin as an integral part of the natural plant cannot support a conviction for possession of a restricted drug, and, second, that in enacting s. 41(1) and Sch. (H), Parliament intended to prohibit only the possession of the separated crystalline chemical substance. After anxious reflection, and after considering the circumstances of this case, as outlined above, I conclude that the first submission is correct insofar as psilocybin is concerned. It is not necessary for me to decide to what extent the second submission is correct.

He found support in the reasoning of Lord Diplock in *Director of Public Prosecutions v. Goodchild, supra,* a case based on different English legislation, but expressing the same principle. He referred to the words of Lord Diplock at p. 166, where he said:

> ... the offence of unlawful possession of any controlled drug described in Sch 2 by its scientific name is not established by proof of possession of naturally occuring

«règlements» désigne les règlements établis comme le prévoit l'article 45 ou en vertu de cet article;

«trafiquer» ou «faire le trafic» signifie le fait de fabriquer, vendre, exporter du Canada ou importer au Canada, transporter ou livrer, autrement que sous l'autorité de la présente Partie ou des règlements.

L'annexe H de la Loi énumère les drogues d'usage restreint et y inclut:

Dihydrogénophosphate de 3-(diméthylamino-2 étyle)-4-indole (Psilocybine) ou tout sel de cette substance.

Dans l'affaire *Parnell*, le juge en chef Nemetz de la Colombie-Britannique, qui a exposé les motifs de la cour composée de lui-même et des juges Aikins et Lambert, a examiné une affaire dans laquelle une accusation de possession découlait de la découverte, chez l'accusé, d'une substance semblable à un champignon qui contenait de la psilocybine. Il a conclu que la simple possession de champignons contenant la drogue d'usage restreint telle qu'on la trouve à l'état naturel ne peut entraîner une déclaration de culpabilité de possession. Il dit à la p. 414 du recueil:

> [TRADUCTION] Il n'y a pas de doute que les champignons trouvés en la possession de l'intimé contenaient de la psilocybine, bien qu'il n'y ait pas de preuve quant à la quantité de drogue présente dans les champignons. L'avocat de l'intimé a fait valoir, d'abord, que la simple possession de la psilocibine en tant que partie intégrante d'une plante naturelle ne peut entraîner une déclaration de culpabilité pour la possession d'une drogue d'usage restreint et, ensuite, que lorsqu'il a adopté le par. 41(1) et l'annexe H, le Parlement a voulu interdire uniquement la possession de la substance chimique sous forme d'extrait cristallin. Après y avoir mûrement réfléchi et après avoir examiné les circonstances en l'espèce, précitées, je conclus que le premier argument est bien fondé en ce qui concerne la psilocybine. Il n'est donc pas nécessaire que je me prononce sur le bien-fondé du deuxième argument.

Il s'est appuyé sur le raisonnement de lord Diplock dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Goodchild*, précité, une affaire fondée sur une loi anglaise différente mais qui énonce le même principe. Il a cité l'extrait suivant des motifs de lord Diplock, à la p. 166:

> [TRADUCTION] ... l'infraction de possession illégale d'une drogue contrôlée décrite par son nom scientifique à l'annexe 2 n'est pas établie par la preuve de la

[sic] material of which the described drug is one of the constituents unseparated from the others.

He also found support in a comparison with the provisions of the *Narcotic Control Act* noting that in the Act where Parliament intended to prohibit possession of the plant as well as the drug it made specific provision for that result by naming the plant. He also expressed the view that the position adopted by the Crown, that is that mere possession of the plant containing the naturally occurring drug was sufficient to support a conviction for possession, would lead to an absurd result opening the door to prosecution of farmers and others who merely by an accident of nature might have growing upon their land the nefarious 'magic mushrooms'.

Shortly thereafter the same question was presented to the Alberta Court of Appeal in *R. v. Cartier, supra.* McGillivray C.J.A. (McGillivray C.J.A., McDermid and Laycraft JJ.A.) reached the same conclusion that Nemetz C.J.B.C. expressed in *Parnell*, relying as well on the approach taken by Diplock L.J. in *Goodchild, supra,* and noting as well with apparent approval the remarks of the Chief Justice of British Columbia regarding the absurd result which could follow from the acceptance of the Crown's submission.

There have been other cases referring to the question raised in this appeal from trial courts but the two appellate decisions, *Parnell* and *Cartier*, are the leading cases on the subject. The *Parnell* case in particular is sought to be overturned by the appellant.

The Crown's contention is that to follow the *Parnell* and *Cartier* cases would be to render the *Food and Drugs Act* nugatory in this connection. It does not rely upon the concept of trafficking by holding out a substance to be a restricted drug but argues that the words of the Act and Schedule H are broad enough in themselves to include as a restricted drug mushrooms containing in their natural state the specifically restricted drug Psilo-

possession du produit naturel dont la drogue décrite est un élément constitutif qui n'est pas séparé des autres éléments.

Il s'est également appuyé sur une comparaison faite avec les dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* et a fait remarquer que dans cette loi, lorsque le législateur a voulu interdire la possession de la plante autant que du stupéfiant, il l'a dit de façon précise en nommant la plante. Il a en outre exprimé l'avis que la position adoptée par la poursuite, soit que la simple possession de la plante qui contient la drogue à l'état naturel entraîne nécessairement une déclaration de culpabilité de possession, aboutirait à un résultat absurde car elle permettrait de poursuivre les fermiers et les autres personnes qui possèdent des terres sur lesquelles poussent, par pur accident de la nature, cet abominable «champignon magique».

Peu après, la même question a été soumise à la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *R. v. Cartier*, précitée. Le juge en chef McGillivray (qui siégeait avec les juges McDermid et Laycraft) est arrivé à la même conclusion que celle énoncée par le juge en chef Nemetz de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Parnell*; il s'est lui aussi appuyé sur la solution adoptée par lord Diplock dans l'arrêt *Goodchild*, précité, et il a également relevé, apparemment en l'approuvant, le commentaire du juge en chef de la Colombie-Britannique concernant le résultat absurde que donnerait l'adoption des prétentions de la poursuite.

D'autres cours de première instance ont rendu des décisions sur les questions soulevées en l'espèce, mais les arrêts *Parnell* et *Cartier* sont les arrêts de principe sur cette question. C'est l'arrêt *Parnell* en particulier que l'appelante cherche à faire écarter.

La poursuite fait valoir que suivre les arrêts *Parnell* et *Cartier* annihilerait la *Loi des aliments et drogues* à cet égard. Elle ne s'appuie pas sur le concept du trafic qui consiste à présenter une substance comme étant une drogue d'usage restreint, mais elle plaide que les termes de la Loi et de l'annexe H sont suffisamment larges pour inclure, comme drogue d'usage restreint, des champignons qui contiennent à l'état naturel la

cybin. The position taken by the respondent is essentially to support the *Parnell* and *Cartier* cases and to stress the fact that mushrooms containing Psilocybin are not mentioned as such in Schedule H and, therefore, cannot be classified as a restricted drug.

In approaching the construction of the relevant provisions of the *Food and Drugs Act* I must observe that the words employed are clear and unambiguous and in this case there seems to be no real difficulty in statutory interpretation. Section 40 provides in unmistakable language that possession means possession as defined in the *Criminal Code*. Reference to s. 3(4) of the *Criminal Code* describes the elements which must be shown to find possession. Section 40 also describes a restricted drug as "any drug or other substance included in Schedule H" and Schedule H specifically includes Psilocybin. Section 41 prohibits possession of a restricted drug and s. 42, which is the relevant section in this case, prohibits trafficking in a restricted drug.

In reaching his conclusion on the 'no evidence' motion the trial judge followed *Parnell* and decided that there was no evidence before him because Psilocybin contained in a mushroom is not listed in Schedule H as a restricted drug. The question which faced him, however, was not whether Psilocybin naturally occurring in a mushroom is listed in Schedule H but whether there was evidence before him upon which a properly instructed trier of fact could have found the respondent guilty of trafficking in Psilocybin which clearly is.

In the face of the evidence given at trial and the concession made by counsel for the respondent that Psilocybin, not merely the constituents from which it could be made, existed in the mushrooms, it could not be said that there was not some evidence of trafficking in Psilocybin. The mushrooms contained the drug. There was evidence that the respondent knew it and that he assured his prospective purchasers that it was 'good stuff', that

drogue appelée psilocybine dont l'usage est spécifiquement restreint. L'intimé invoque essentiellement les arrêts *Parnell* et *Cartier* et insiste sur l'absence de mention précise, dans l'annexe H, des champignons qui contiennent la psilocybine, de sorte qu'ils ne peuvent être classés dans les drogues d'usage restreint.

Concernant l'interprétation des dispositions pertinentes de la *Loi des aliments et drogues*, je dois souligner que les termes qu'elle emploie sont clairs et non ambigus et, en l'espèce, il semble n'y avoir aucune difficulté réelle d'interprétation de la loi. L'article 40 prévoit en termes non équivoques que la possession signifie la possession au sens où l'entend le *Code criminel*. Le renvoi au par. 3(4) du *Code criminel* décrit les éléments qui doivent être établis pour conclure à la possession. L'article 40 décrit en outre une drogue d'usage restreint comme étant «toute drogue ou autre substance mentionnée à l'annexe H» et l'annexe H comprend spécifiquement la psilocybine. L'article 41 interdit d'avoir en sa possession une drogue d'usage restreint et l'art. 42, qui est l'article pertinent en l'espèce, interdit de faire le trafic d'une drogue d'usage restreint.

En statuant sur la requête en «non-lieu», le juge du procès a suivi l'arrêt *Parnell* et a décidé qu'il n'y avait pas de preuve devant lui parce que la psilocybine que contient un champignon n'est pas mentionnée dans la liste des drogues d'usage restreint de l'annexe H. Cependant, la question à laquelle il devait répondre n'était pas de savoir si la psilocybine qui se trouve à l'état naturel dans un champignon est mentionnée dans la liste de l'annexe H, mais de savoir si la preuve faite devant lui permettait à un juge des faits bien instruit du droit de déclarer l'intimé coupable d'avoir fait le trafic de psilocybine laquelle est clairement mentionnée.

Vu la preuve faite au procès et la concession de l'avocat de l'intimé que la psilocybine, et non seulement les éléments constitutifs qui permettent de la fabriquer, était présente dans les champignons, on ne pouvait pas dire qu'il n'y avait pas de preuve de trafic de psilocybine. Les champignons contenaient la drogue. La preuve indique que l'intimé le savait et qu'il a assuré à ses acheteurs potentiels que c'était [TRADUCTION] «du vrai»,

he invited them to try it, and that he had offered a pound for sale for $3,000, which would tend to exclude the possibility that the mushrooms were to be sold for their value as food. In my opinion, it is impossible to come to any other conclusion than that there was evidence before the trial judge upon which a properly instructed trier of fact could have convicted the respondent of trafficking in Psilocybin and that the trial judge was in error in allowing the motion of no evidence.

While this disposes of the case at bar, it does not deal with the question raised by the cases of *Parnell* and *Cartier*. As indicated above, the case at bar was not seriously considered in the courts below on the merits because all the judges dealing with it considered that the *Parnell* case was decisive on the matter and that the considerations involved in the charge of trafficking did not differ from those involved in a possession charge. It will be apparent from what I have said that, in my opinion, the fact that Psilocybin may be contained within a mushroom does not destroy its character as a restricted drug under Schedule H of the *Food and Drugs Act*. It could therefore, in my view, be as much the subject of a conviction for possession as it could be for trafficking. If the *Parnell* case and the *Cartier* case go so far as to deny that proposition, then in my view, with the greatest respect for the learned judges involved in those decisions, I consider the cases were wrongly decided. I am not overlooking the absurdity argument which impressed the courts, but I would point out that what is prohibited with respect to possession is unlawful possession, not mere physical possession. To be unlawful there must be present a knowledge of the nature of the substance possessed. The farmer who unknowingly has 'magic mushrooms' growing on his land is not guilty of unlawful possession. It would seem to me that reason and common sense on the part of the authorities would protect him if on discovery of the nature of the mushrooms he took the necessary steps to have them destroyed. In any event we are not here concerned with a possession case. Our case is that of an accused charged with trafficking in Psilocybin in respect of whom evidence was placed before the trial judge that he had acquired the mushrooms, dried them, and offered to sell them at

qu'il les a invités à y goûter, et qu'il a offert d'en vendre une livre pour $3,000, ce qui exclut la possibilité que les champignons soient vendus pour leur valeur en tant qu'aliment. A mon avis, la seule conclusion possible est que la preuve faite devant le juge du procès permettait à un juge des faits bien instruit du droit de déclarer l'intimé coupable d'avoir fait le trafic de psilocybine et que le juge du procès a commis une erreur en accueillant la requête en non-lieu.

Bien que ce qui précède tranche le cas en l'espèce, il reste à répondre à la question que soulèvent les arrêts *Parnell* et *Cartier*. Comme je l'ai déjà dit, les cours d'instance inférieure n'ont pas examiné sérieusement le fond de la présente affaire parce que tous les juges ont estimé que l'arrêt *Parnell* tranchait la question et que les considérations que soulève l'accusation de trafic ne sont pas différentes de celles que soulève une accusation de possession. Il ressort de ce que j'ai dit qu'à mon avis, le fait que la psilocybine puisse être présente dans un champignon ne l'empêche pas d'être une drogue d'usage restreint visée à l'annexe H de la *Loi des aliments et drogues*. Je suis par conséquent d'avis qu'elle peut entraîner autant une déclaration de culpabilité de possession qu'une déclaration de culpabilité de trafic. Si les arrêts *Parnell* et *Cartier* vont jusqu'à nier cette solution, alors, à mon avis, avec égards pour les savants juges qui les ont rendus, j'estime que ces arrêts sont erronés. Je n'oublie pas qu'on a plaidé l'absurdité, argument qui a influencé les cours, mais je dois souligner que ce qui est interdit en matière de possession, c'est la possession illégale, non la simple possession matérielle. Pour qu'elle soit illégale, la possession doit comporter la connaissance de la nature de la substance que l'on possède. Le fermier qui ne sait pas que des «champignons magiques» poussent sur sa terre n'est pas coupable de possession illégale. Il me semble que le bon sens et la raison dont font preuve les autorités le protègent si, lorsqu'il apprend la nature des champignons, il prend les moyens nécessaires pour les détruire. En tout état de cause, il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire de possession. Il s'agit d'une personne accusée de trafic de psilocybine et à l'égard de laquelle la preuve faite devant le juge établit qu'elle a acquis les champignons, les a fait

$3,000 a pound. As I have said above, there was evidence of trafficking before the learned judge and it was error to allow the motion of no evidence. I would therefore allow the Crown's appeal and remit the matter to the trial court for the completion of the trial.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: R. Tassé, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Edward A. Holekamp, Courtenay.*

sécher et a offert de les vendre $3,000 la livre. Comme je l'ai déjà dit, la preuve du trafic a été faite devant le savant juge qui a commis une erreur en accueillant la requête en non-lieu. Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi de la poursuite et de renvoyer l'affaire au tribunal de première instance pour terminer le procès.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante: R. Tassé, Ottawa.*

*Procureur de l'intimé: Edward A. Holekamp, Courtenay.*

**The Honourable Joseph Roberts Smallwood** (*Applicant-Respondent*) *Appellant*;

and

**Frederick Herbert Sparling** (*Respondent-Appellant*) *Respondent*;

and

**Luc A. Couture and Robert S. MacLellan** (*Respondents in first instance*)

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General for Alberta, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General of Manitoba, and the Attorney General for Ontario** *Interveners.*

File No.: 16394.

1982: May 11; 1982: November 23.

Present: Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Evidence — Crown privilege — Federal public inquiry — Restrictive Trade Practices Commission — Former minister subpoenaed — Oral and documentary evidence — Cabinet secrecy — Whether former minister compellable as a witness — Rule of "relative immunity" — Canada Corporation Act, R.S.C. 1970, c. C-32 as amended by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 10, ss. 114(2), (10) — Inquiries Act, R.S.C. 1970, c. I-13, ss. 4, 5 — The House of Assembly Act, R.S.N. 1970, c. 159, s. 19 — Senate and House of Commons Act, R.S.C. 1970, c. S-8, ss. 4, 5 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 41.*

Appellant, former Premier and Minister of Newfoundland, subpoenaed to give evidence at an investigation by the Restrictive Trade Practices Commission, applied to the Federal Court Trial Division for an injunction enjoining the respondent or any members of the Commission from acting upon that subpoena. The injunction was granted by the Trial Division but set aside by the Federal Court of Appeal. Hence this appeal to determine the scope of immunity available to a former minister of the Crown in right of a province

**L'honorable Joseph Roberts Smallwood** (*Requérant-Intimé*) *Appelant*;

et

**Frederick Herbert Sparling** (*Intimé-Appelant*) *Intimé*;

et

**Luc A. Couture et Robert S. MacLellan** (*Intimés en première instance*)

et

**Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Alberta, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général du Manitoba et le procureur général de l'Ontario** *Intervenants.*

N° du greffe: 16394.

1982: 11 mai; 1982: 23 novembre.

Présents: Les juges Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Preuve — Privilège de la Couronne — Enquête publique fédérale — Commission sur les pratiques restrictives du commerce — Subpoena délivré à un ancien ministre — Preuve orale et preuve littérale — Secret des délibérations du Cabinet — Un ancien ministre est-il obligé de témoigner? — Règle de l'«immunité relative» — Loi sur les corporations canadiennes, S.R.C. 1970, chap. C-32, modifiée par S.R.C. 1970 (1er Supp.), chap. 10, art. 114(2), (10) — Loi sur les enquêtes, S.R.C. 1970, chap. I-13, art. 4, 5 — The House of Assembly Act, R.S.N. 1970, chap. 159, art. 19 — Loi sur le Sénat et la Chambre des communes, S.R.C. 1970, chap. S-8, art. 4, 5 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 41.*

L'appelant, ex-premier ministre et ex-ministre de Terre-Neuve, ayant été sommé par voie de *subpoena* de présenter des preuves dans le cadre d'une enquête menée par la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, a demandé à la Division de première instance de la Cour fédérale d'enjoindre à l'intimé et à des membres de la Commission de ne pas donner suite au *subpoena*. La Division de première instance a accordé l'injonction, mais la Cour d'appel fédérale l'a annulée. D'où le pourvoi pour déterminer l'étendue de l'immunité

when he has been subpoenaed to present both oral and documentary evidence at a federal public inquiry.

*Held*: The appeal should be dismissed.

Appellant had no exemption from the universal testimonial duty to give evidence simply by virtue of his status as former Premier and Minister of a province. Nor did he enjoy either by statute or at common law any blanket immunity to give oral testimony or produce documents. His immunity in that regard was relative only and must wait upon the content of the proposed examination. Appellant cannot be the arbiter of his own immunity. This is for the courts. The application in this respect was therefore premature.

*Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910; *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700 (H.L.); *Broome v. Broome*, [1955] 1 All E.R. 201; *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.*, [1975] 3 All E.R. 484; *R. v. Snider*, [1954] S.C.R. 479; *R. v. Baines*, [1909] 1 K.B. 258; *R. v. Allerton* (1914), 17 D.L.R. 294, applied; *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218, distinguished; *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1980), 118 D.L.R. (3d) 143, 34 N.R. 460, [1981] 2 F.C. 521, setting aside an order of the Trial Division granting an injunction. Appeal dismissed.

*Joseph Nuss, Q.C.*, and *Brian Riordan*, for the appellant.

*François Garneau*, for the respondent.

*T. B. Smith, Q.C.*, and *P. K. Doody*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Wm. Henkel, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

*Howard R. Eddy*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Brian F. Squair*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*John Cavarzan, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

dont peut jouir un ancien ministre de la Couronne du chef d'une province lorsqu'il a été sommé de présenter des preuves, tant orales que documentaires, dans le cadre d'une enquête publique fédérale.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

Son statut d'ex-premier ministre et d'ex-ministre d'une province ne suffit pas pour exempter l'appelant de l'obligation universelle de témoigner. De plus, il ne jouit ni en vertu de la *common law* ni en vertu d'une loi quelconque d'une immunité générale contre l'obligation de faire des dépositions orales ou de produire des documents. Il n'a à cet égard qu'une immunité relative qui dépendra des questions posées à l'interrogatoire. L'appelant ne peut décider de sa propre immunité. Cette tâche incombe exclusivement aux cours. A ce point de vue, il s'agit donc en l'espèce d'une demande prématurée.

Jurisprudence: arrêts suivis: *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C., 910; *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700 (C.L.); *Broome v. Broome*, [1955] 1 All E.R. 201; *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.*, [1975] 3 All E.R. 484; *R. c. Snider*, [1954] R.C.S. 479; *R. v. Baines*, [1909] 1 K.B. 258; *R. v. Allerton* (1914), 17 D.L.R. 294; distinction faite avec l'arrêt: *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218; arrêt mentionné: *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1980), 118 D.L.R. (3d) 143, 34 N.R. 460, [1981] 2 C.F. 521, qui a annulé l'injonction accordée par la Division de première instance. Pourvoi rejeté.

*Joseph Nuss, c.r.*, et *Brian Riordan*, pour l'appelant.

*François Garneau*, pour l'intimé.

*T. B. Smith, c.r.*, et *P. K. Doody*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Wm. Henkel, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Howard R. Eddy*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Brian F. Squair*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*John Cavarzan, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—This appeal raises an important issue as to the scope of immunity available to a former minister of the Crown in right of a province when he has been subpoenaed to present both oral and documentary evidence at a federal public inquiry. The circumstances giving rise to this appeal are as follows.

On May 17, 1977, the respondent Sparling was appointed an inspector pursuant to s. 114 of the *Canada Corporations Act*, R.S.C. 1970, c. C-32, as amended R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 10, to conduct an investigation into the affairs and management of Canadian Javelin Limited ("Javelin"). This is an investigation by the Restrictive Trade Practices Commission ("the Commission"). Mr. Sparling's mandate reads as follows:

> The Commission hereby orders that an investigation be conducted of the affairs and management of Canadian Javelin Limited from the date of its incorporation including, without limiting the generality of the foregoing, the investigation of its source and disposition of capital funds, its maintenance of corporate books and accounting records, its disclosure of financial and other information to shareholders, its compliance with statutory obligations, its acquisition, operation and disposition of its assets and of those of its affiliated companies, the disposition of its shares and of those of its affiliated companies, and its dealing with affiliated companies, and that Mr. Frederick H. Sparling, Director, Corporations Branch, Department of Consumer and Corporate Affairs, be appointed as inspector for that purpose.

On April 25, 1980, the respondent Couture, a member of the Commission, issued a subpoena under s. 114(10) of the *Canada Corporations Act* to Mr. Smallwood. The subpoena reads as follows:

> Upon the Application made by Mr. F. H. Sparling, inspector, pursuant to section 114(10) of the Canada Corporation Act, and pursuant to authority conferred by and under the said Act, you are hereby required and ordered to attend before R. S. MacClellan [*sic*], Q.C., a member of the Restrictive Trade Practices Commission, or before any other person named by him at the Battery Inn Hotel, Signal Hill Road, St. John's Newfoundland

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—Ce pourvoi soulève une question importante quant à l'étendue de l'immunité dont peut jouir un ancien ministre du gouvernement d'une province lorsqu'il a été sommé de produire des preuves, tant orales que documentaires, dans le cadre d'une enquête publique fédérale. Voici les circonstances qui ont donné naissance au pourvoi.

Le 17 mai 1977 l'intimé Sparling a été nommé inspecteur en vertu de l'art. 114 de la *Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, chap. C-32, modifiée par S.R.C. 1970 (1er Supp.), chap. 10, et s'est vu charger de la tenue d'une enquête sur les affaires et la gestion de Canadian Javelin Limited («Javelin»). Il s'agit d'une enquête menée par la Commission sur les pratiques restrictives du commerce («la Commission»). Le mandat de M. Sparling est ainsi rédigé:

> [TRADUCTION] La Commission ordonne par les présentes la tenue d'une enquête sur les affaires et la gestion de Canadian Javelin Limited à compter de sa constitution, notamment, sans limiter la généralité de ce qui précède, sur la source et l'usage de ses biens en immobilisations, la tenue de ses livres et registres comptables, la communication aux actionnaires d'informations sur ses finances, l'observation de ses obligations légales, l'acquisition, l'exploitation et la disposition de son actif et de celui de ses sociétés affiliées, la cession de ses actions et de celles de ses sociétés affiliées et ses rapports avec celles-ci, et à ces fins, nomme comme inspecteur M. Frederick H. Sparling, directeur de la Direction des corporations, ministère de la Consommation et des Corporations.

Le 25 avril 1980, l'intimé Couture, un membre de la Commission, a délivré à M. Smallwood un *subpoena* en vertu du par. 114(10) de la *Loi sur les corporations canadiennes*. Le *subpoena* est ainsi rédigé:

> Selon la requête de M. F.H. Sparling, inspecteur, conformément à l'article 114(10) de la loi sur les Corporations Canadiennes, et en vertu des pouvoirs conférés par ladite loi, vous êtes convoqué par la présente à comparaître devant Me R.S MacClellan (*sic*), C.R. membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce ou devant toute autre personne qu'il aura nommé à cette fin, au Battery Inn Hotel, Signal Hill Road, St

May 13 1980, at 10:00 o'clock in the forenoon and so forth from day to day thereafter as may be required to give evidence upon oath and bring with you the documents more fully particularized hereafter in connection with the above investigation.

The appellant Smallwood is the Honourable Joseph Roberts Smallwood, a former Premier and Minister of the Province of Newfoundland. He applied to the Federal Court Trial Division for an injunction enjoining Messrs. Sparling, Couture and MacLellan from acting upon the subpoena. In support of his application he filed an affidavit containing the following assertions:

5. In my dealings with Canadian Javelin Limited and/or in dealings with third parties involving matters affecting the said Canadian Javelin Limited, I have acted solely in the capacity as representative of Her Majesty the Queen in right of the Province of Newfoundland holding the office of Premier, and/or Minister of Finance, and/or Minister of Economic Development, and/or Minister of Justice and/or Attorney General;

6. Any evidence which I may be called upon to give or documents which I may be called upon to produce before the said R. S. MacLellan, Q.C., can relate only to matters arising out of the carrying out of my duties and responsibilities as representative of Her Majesty the Queen in right of the Province of Newfoundland;

7. Any testimony under oath which I may be called upon to make or any documentation I may be called upon to produce before the said R. S. MacLellan, Q.C., would result in a violation of Crown Privilege, a breach of my oath of office as Minister of Her Majesty the Queen in right of the Province of Newfoundland and/or a violation of the doctrine of Cabinet Secrecy;

8. I shall be obliged to decline to reply to any questions put to me and shall be obliged to decline to produce any documents which may deal with matters relating to the exercise of my duties and responsibilities as a Minister of Her Majesty the Queen in right of the Province of Newfoundland;

9. The giving of testimony and/or the production of documents by me in the proposed examination would disclose a confidence of the Executive Council of the Province of Newfoundland;

10. Moreover, Respondent Luc A. Couture in his quality as member and Vice-Chairman of the Restrictive Trade Practices Commission and Respondent R. S. MacLellan in his quality as member of the Restrictive Trade Practices Commission being a "Federal Board, Commission

John's Newfoundland, 13 mai 1980 à 10:00 heures de l'avant-midi, et à chaque jour suivant, à la même heure, si votre présence est requise pour rendre témoignage sous serment et apporter avec vous les documents décrits ci-après dans le cadre de l'enquête susmentionnée.

L'appelant Smallwood est l'honorable Joseph Roberts Smallwood, ex-premier ministre et ex-ministre de la province de Terre-Neuve. Il a demandé à la Division de première instance de la Cour fédérale d'enjoindre à MM. Sparling, Couture et MacLellan de ne pas donner suite au *subpoena*. A l'appui de sa requête, M. Smallwood a déposé un affidavit portant ce qui suit:

[TRADUCTION] 5. Dans mes rapports avec Canadian Javelin Limited et avec des tiers relativement à des questions concernant Canadian Javelin Limited, je n'ai fait que représenter Sa Majesté la Reine du chef de la province de Terre-Neuve en qualité de Premier ministre, de ministre des Finances, de ministre du Développement économique, de ministre de la Justice et de procureur général;

6. Toutes dépositions que j'aurais à faire ou tous documents qu'on me sommerait de produire devant ledit R. S. MacLellan, c.r., ne peuvent que se rapporter à des questions relatives à l'exercice de mes fonctions de représentant de Sa Majesté la Reine du chef de la province de Terre-Neuve;

7. Tout témoignage que j'aurais à rendre sous serment, tous documents qu'on me demanderait de produire devant ledit R. S. MacLellan, c.r., entraînerait une atteinte au privilège de la Couronne, une violation du serment professionnel que j'ai prêté à titre de ministre de Sa Majesté la Reine du chef de la province de Terre-Neuve et une violation du secret des délibérations du Cabinet;

8. Je me verrai dans l'obligation de ne pas répondre aux questions qui me seront posées et de ne pas produire les documents portant sur les questions relatives à l'exercice de mes fonctions de ministre de Sa Majesté la Reine du chef de la province de Terre-Neuve;

9. Tout témoignage et toute production de documents de ma part à l'interrogatoire projeté auraient pour conséquence de porter atteinte au secret des travaux de l'exécutif de la province de Terre-Neuve;

10. De plus, l'intimé Luc A. Couture, en sa qualité de membre et vice-président de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, et l'intimé R. S. MacLellan, à titre de membre de ladite Commission, qui est un «office, commission ou autre tribunal fédéral» au

or other Tribunal" as defined in s. 2(g) of the Federal Court Act (R.S.C. 1970, c. 10 (2nd supp.), as amended), have no right to inquire into the affairs and/or dealing of Her Majesty the Queen in right of the Province of Newfoundland as performed by her Ministers;

The Trial Division granted Mr. Smallwood's application and issued an injunction in the following terms:

THIS COURT DOTH ORDER AND ADJUDGE that each and every one of the Respondents as well as any other persons who shall have notice of this Injunction be and is hereby restrained from endeavouring to compel the attendance by JOSEPH ROBERTS SMALLWOOD to be questioned as a witness before the Respondent R. S. MacLELLAN or the Respondent LUC A. COUTURE or any members of the Restrictive Trade Practices Commission for the purpose of questioning the said JOSEPH ROBERTS SMALLWOOD with respect to or pertaining to any matter in which he was involved or of which he had knowledge in his capacity as Premier of the Province of Newfoundland.

Mr. Sparling's appeal to the Federal Court of Appeal was allowed and the injunction set aside. Pratte J., speaking for the unanimous Court, rejected the following three arguments advanced by counsel for Mr. Smallwood:

(1) The appellant is merely an inspector appointed under a federal statute who, as such, has no right to inquire into the affairs of Her Majesty the Queen in right of the Province of Newfoundland.

(2) Mr. Smallwood is not a compellable witness in this matter because, being a former Minister of the Crown, he is entitled to invoke the prerogative of the Crown and of Ministers of the Crown not to be compelled either to give discovery in a civil action or to testify in an inquiry.

(3) In any event, any testimony under oath that Mr. Smallwood might be called upon to give would result in a violation of Crown privilege (or public interest immunity), a breach of his oath of office and a violation of the doctrine of Cabinet secrecy.

The appellant was granted leave to appeal to this Court and the following constitutional question was set by order of the Chief Justice:

Does the Restrictive Trade Practices Commission and an inspector conducting an investigation under section 114 of the *Canada Corporations Act* have the constitu-

sens de l'art. 2g) de la Loi sur la Cour fédérale (S.R.C. 1970, c. 10 (2e Supp.), modifiée), n'ont aucunement le droit d'enquêter sur les activités de Sa Majesté la Reine du chef de la province de Terre-Neuve exercées par ses ministres.

La Division de première instance a accueilli la requête de M. Smallwood et prononcé une injonction dont voici la teneur:

[TRADUCTION] IL EST ORDONNÉ tant aux intimés qu'à toute personne à qui la signification de cette injonction sera faite de s'abstenir de provoquer la comparution de JOSEPH ROBERTS SMALLWOOD comme témoin devant l'intimé R. S. MacLELLAN ou l'intimé LUC-A. COUTURE ou tout membre de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce afin de l'interroger sur toute affaire dans laquelle il a été impliqué ou dont il a eu connaissance en sa qualité de premier ministre de la province de Terre-Neuve.

La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel de M. Sparling et infirmé l'injonction. Le juge Pratte, exprimant l'avis unanime de la Cour, a rejeté les trois arguments suivants mis de l'avant par l'avocat de M. Smallwood:

(1) L'appelant est simplement un inspecteur nommé en vertu d'une loi fédérale et, en tant que tel, n'a nullement le droit d'enquêter sur les affaires de Sa Majesté la Reine du chef de la province de Terre-Neuve.

(2) M. Smallwood n'est pas un témoin contraignable dans cette affaire parce qu'étant un ancien ministre de la Couronne, il est en droit d'invoquer la prérogative de celle-ci et des ministres de la Couronne de ne pouvoir être forcé de donner communication de pièces dans une procédure civile ou de déposer dans une enquête.

(3) En tout état de cause, tout témoignage sous serment que M. Smallwood pourrait être sommé de rendre entraînerait une atteinte au privilège de la Couronne (ou à l'immunité d'intérêt public) et une violation de son serment professionnel et du secret des délibérations du Cabinet.

L'appelant a reçu l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour et le Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante:

La Commission sur les pratiques restrictives du commerce et l'inspecteur qui procède à un examen en vertu de l'article 114 de la Loi sur les corporations canadien-

tional authority to enquire into the affairs, dealings or administration of the Crown in right of the Province of Newfoundland as performed by its Premier or other Minister?

The Attorneys General of Canada, Ontario, Quebec, Manitoba, Saskatchewan, Alberta, British Columbia and Newfoundland were granted leave to intervene in these proceedings. The Attorneys General of Quebec, Saskatchewan and Newfoundland subsequently withdrew. The Attorney General of Canada supports the position of the respondent and would answer the Chief Justice's question in the affirmative. The Provincial Attorneys General support Mr. Smallwood and would answer the question in the negative.

The constitutional question

Section 114 of the *Canada Corporations Act* provides for the investigation of companies incorporated under the Act. Javelin is such a company. The thirty-two subsections of s. 114 describe the procedure to be followed by the Restrictive Trade Practices Commission in carrying out an investigation. The following subsections are relevant to this appeal:

**114.** (1) Five or more shareholders holding shares representing in the aggregate not less than one-tenth of the issued capital of the company or one-tenth of the issued shares of any class of shares of the company may apply, or the Minister on his own initiative may cause an application to be made, to the Restrictive Trade Practices Commission established under the *Combines Investigation Act* (hereinafter called the "Commission"), upon reasonable notice to the company or other interested party or *ex parte* if the Commission is of the opinion that the giving of notice would in view of the allegations made by the applicants or on behalf of the Minister unduly prejudice any investigation that might be ordered by the Commission, for an order directing an investigation of the company in respect of which the application is made.

(2) Where it is shown to the Commission by the Minister or upon the solemn declaration of the applicant shareholders that there are reasonable grounds for believing that in respect of the company concerned,

nes ont-ils le pouvoir d'enquêter sur la gestion des affaires et des opérations ou sur l'administration de la Couronne du chef de la province de Terre-Neuve par son premier ministre ou par un autre ministre?

Les procureurs généraux du Canada, de l'Ontario, du Québec, du Manitoba, de la Saskatchewan, de l'Alberta, de la Colombie-Britannique et de Terre-Neuve ont obtenu l'autorisation d'intervenir dans ces procédures. Ceux du Québec, de la Saskatchewan et de Terre-Neuve se sont par la suite désistés. Le procureur général du Canada appuie la position de l'intimé et répondrait par l'affirmative à la question du Juge en chef. Les procureurs généraux des provinces pour leur part soutiennent M. Smallwood et répondraient à la question par la négative.

La question constitutionnelle

L'article 114 de la *Loi sur les corporations canadiennes* prévoit l'examen de compagnies constituées sous le régime de cette loi au nombre desquelles se trouve Javelin. Les trente-deux paragraphes de l'art. 114 décrivent la procédure à suivre par la Commission sur les pratiques restrictives du commerce dans le cadre d'un examen. Les dispositions suivantes sont pertinentes en l'espèce:

**114.** (1) Cinq actionnaires ou plus détenant des actions représentant dans l'ensemble au moins un dixième du capital émis de la compagnie ou un dixième des actions émises de toute catégorie d'actions de la compagnie peuvent demander, ou le Ministre de sa propre initiative peut faire demander, à la Commission d'enquête sur les pratiques restrictives du commerce établie en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* (ci-après appelée dans le présent article la «Commission»), une ordonnance prescrivant un examen de la compagnie pour laquelle la demande est faite, soit après avoir donné un avis raisonnable à la compagnie ou autre partie intéressée, soit *ex parte* si la Commission estime que le fait de donner avis nuirait indûment à tout examen qui pourrait être ordonné par la Commission en raison des allégations faites par les requérants ou pour le compte du Ministre.

(2) Lorsque le Ministre ou, sous la foi d'une déclaration solennelle, les actionnaires qui ont fait la demande d'examen ont démontré à la Commission qu'il y a des motifs raisonnables de croire, en ce qui concerne la compagnie, que

(*a*) its business or the business of a company affiliated therewith is being conducted with intent to defraud any person;

(*b*) in the course of carrying on its affairs or the affairs of a company affiliated therewith, one or more acts have been performed wrongfully in a manner prejudicial to the interests of any shareholder;

(*c*) it or a company affiliated therewith was formed for any fraudulent or unlawful purpose or is to be dissolved in any manner for a fraudulent or unlawful purpose; or

(*d*) the persons concerned with its formation, affairs or management, or the formation, affairs or management of a company affiliated therewith, have in connection therewith been guilty of fraud, misfeasance or other misconduct,

the Commission may issue its order for the investigation of the company, and appoint an inspector for that purpose.

. . .

(10) On *ex parte* application of the inspector or on his own motion a member of the Commission may order that any person resident or present in Canada be examined under oath before, or make production of any books or papers or other documents or records to the member or before or to any other person named for the purpose by the order of the member, and the member or the other person named by him may make such orders as seem to him to be proper for securing the attendance of such witness and his examination and the production by him of any books or papers or other documents or records, and may otherwise exercise, for the enforcement of such orders or punishment for disobedience thereof, all powers that are exercised by any superior court in Canada for the enforcement of subpoenas to witnesses or punishment of disobedience thereof.

. . .

(30) For the purposes of this section, the Commission or any member thereof has all the powers of a commissioner appointed under Part I of the *Inquiries Act*.

Pursuant to the *Inquiries Act*, R.S.C. 1970, c. I-13, the Commissioners have the following powers:

**4.** The commissioners have the power of summoning before them any witnesses, and of requiring them to give evidence on oath, or on solemn affirmation if they are persons entitled to affirm in civil matters, and orally or in writing, and to produce such documents and things as the commissioners deem requisite to the full investiga-

*a*) ses opérations ou les opérations d'une compagnie qui lui est affiliée sont faites avec l'intention de frauder quelqu'un;

*b*) dans la conduite de ses affaires ou des affaires d'une compagnie qui lui est affiliée ont été accomplis à tort un ou plusieurs actes d'une manière préjudiciable aux intérêts d'un actionnaire;

*c*) elle a ou une compagnie qui lui est affiliée a été formée dans un but frauduleux ou illégal ou qu'on se propose de la dissoudre de quelque manière que ce soit dans un but frauduleux ou illégal; ou

*d*) les personnes intéressées par sa formation, ses affaires ou sa gestion, ou par la formation, les affaires ou la gestion d'une compagnie qui lui est affiliée, se sont à cet égard rendues coupables de fraude, d'abus de pouvoir ou autre faute du même genre,

la Commission peut rendre une ordonnance pour que soit effectué un examen de la compagnie et nommer un inspecteur à cette fin.

. . .

(10) Sur demande *ex parte* de l'inspecteur, ou de sa propre initiative, un membre de la Commission peut ordonner que toute personne résidant ou présente au Canada soit entendue sous serment ou produise tous livres, pièces, documents ou registres à lui-même ou à toute autre personne nommée à cette fin par ordre de ce membre, et le membre ou l'autre personne nommée par lui peut rendre toutes ordonnances qui lui semblent nécessaires pour assurer la comparution de ce témoin et son interrogatoire ainsi que la production par lui de tous livres, pièces, documents ou registres; et il peut exercer, en vue de la mise en oeuvre de ces ordonnances ou de la sanction prévue pour y avoir contrevenu, tous les pouvoirs qu'une cour supérieure, au Canada, exerce pour la mise en oeuvre des subpoenas aux témoins ou la sanction prévue pour y avoir contrevenu.

. . .

(30) Aux fins du présent article, la Commission ou un membre de la Commission a tous les pouvoirs d'un commissaire nommé en vertu de la Partie I de la *Loi sur les enquêtes*.

La *Loi sur les enquêtes*, S.R.C. 1970, chap. I-13, investit les commissaires des pouvoirs suivants:

**4.** Les commissaires ont le pouvoir d'assigner devant eux tous témoins, et de leur enjoindre de rendre témoignage sous serment, ou par affirmation solennelle si ces personnes ont le droit d'affirmer en matière civile, oralement ou par écrit, et de produire les documents et choses qu'ils jugent nécessaires en vue d'une complète investi-

tion of the matters into which they are appointed to examine.

**5.** The commissioners have the same power to enforce the attendance of witnesses and to compel them to give evidence as is vested in any court of record in civil cases.

The Commissioners' mandate orders that an investigation be conducted into the affairs and management of Javelin. It is the company which is the object of the investigation. It may be that much of the company's business was conducted with the government of Newfoundland but this, in my view, is not sufficient to transform the investigation into an inquiry into the affairs of the Crown in right of Newfoundland. There is nothing to indicate that Mr. Sparling has exceeded his mandate and I would agree with Mr. Justice Pratte when he concluded:

> The material filed in support of the application shows that the appellant Sparling was appointed to conduct an investigation of Canadian Javelin Limited and nothing in the record indicates that he exceeded or intends to exceed that mandate. The mere fact that, in the course of his investigation he might oblige a former Minister of a province to testify as to facts known by him in his capacity as Minister, would not change the object of the inquiry and transform it into an inquiry in the administration of that province.

Counsel for the appellant submits, however, that the mandate of the Commissioner was a colourable attempt by the federal government, under the guise of an inquiry pursuant to the *Canada Corporations Act*, to conduct a probe of the affairs of the government of Newfoundland and he relies on the decision of this Court in *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218. In *Keable* the Commissioner was given a mandate under the *Public Inquiry Commission Act*, R.S.Q. 1964, c. 11 to investigate and report on allegedly illegal acts undertaken by various police forces in Quebec including the Royal Canadian Mounted Police. One of the constitutional questions which arose in that case was whether the Order-in-Council defining the mandate of the Commissioner was in whole or in part *ultra vires* the Province of Quebec. Mr. Justice Pigeon speaking for the majority concluded that the inquiry came within the scope of provincial

gation des questions qu'ils sont chargés d'examiner.

**5.** Les commissaires ont, pour contraindre les témoins à comparaître et à rendre témoignage, les mêmes pouvoirs que ceux dont sont revêtues les cours d'archives en matières civiles.

Le mandat des commissaires ordonne la tenue d'une enquête sur les affaires et la gestion de Javelin. C'est la compagnie qui fait l'objet de l'examen. Il est possible que Javelin ait fait affaires pour une bonne partie avec le gouvernement de Terre-Neuve, mais cela ne suffit pas, à mon avis, pour transformer l'examen en enquête sur les affaires de Sa Majesté du chef de Terre-Neuve. Rien n'indique que M. Sparling a outrepassé son mandat et je partage l'avis du juge Pratte qui a conclu:

> Il ressort des documents déposés à l'appui de la requête que l'appelant Sparling a été nommé pour tenir une enquête sur Canadian Javelin Limited et rien dans le dossier n'indique qu'il a excédé ou a l'intention d'excéder ce mandat. Le simple fait qu'il soit susceptible, au cours de son enquête, de forcer un ancien ministre d'une province à déposer sur des faits dont ce dernier a eu connaissance en sa qualité de ministre, ne change en rien l'objet de l'enquête et ne transforme nullement celle-ci en une enquête sur l'administration de cette province.

L'avocat de l'appelant fait toutefois valoir que le mandat du commissaire constitue une tentative déguisée de la part du gouvernement fédéral, sous la couverture d'un examen en vertu de la *Loi sur les corporations canadiennes*, de faire enquête sur les affaires du gouvernement de Terre-Neuve et il invoque à l'appui de cet argument l'arrêt de cette Cour *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218. Dans l'affaire *Keable*, le commissaire était chargé, en vertu de la *Loi des commissions d'enquête*, S.R.Q. 1964, chap. 11, d'enquêter et de faire rapport sur les présumés actes illégaux commis par différents corps de police du Québec, notamment la Gendarmerie royale du Canada. L'une des questions constitutionnelles formulées dans cette affaire-là était de savoir si l'arrêté en conseil précisant le mandat du commissaire était, en totalité ou en partie, *ultra vires* de la province de Québec. Le juge Pigeon, au nom de la majorité,

cial authority in the area of "The Administration of Justice in the Province", but that the Commissioner's mandate be amended to exclude references to the management of the R.C.M.P. Quoting from his reasons at p. 242:

I thus must hold that an inquiry into criminal acts allegedly committed by members of the R.C.M.P. was validly ordered, but that consideration must be given to the extent to which such inquiry may be carried into the administration of this police force. It is operating under the authority of a federal statute, the *Royal Canadian Mounted Police Act*, (R.S.C. 1970, c. R-9). It is a branch of the Department of the Solicitor General, (*Department of the Solicitor General Act*, R.S.C. 1970, c. S-12, s. 4). Parliament's authority for the establishment of this force and its management as part of the Government of Canada is unquestioned. It is therefore clear that no provincial authority may intrude into its management. while members of the force enjoy no immunity from the criminal law and the jurisdiction of the proper provincial authorities to investigate and prosecute criminal acts committed by any of them as by any other person, these authorities cannot, under the guise of carrying on such investigations, pursue the inquiry into the administration and management of the force. The doctrine of colourability is just as applicable in adjudicating on the validity of a commission's term of reference or decisions as in deciding on the constitutional validity of legislation. As Viscount Simon said in *Attorney General for Saskatchewan v. Attorney General for Canada*, [1949] A.C. 110, (at p. 124) "you cannot do that indirectly which you are prohibited from doing directly".

(Emphasis added.)

I do not view the mandate of Mr. Sparling as a colourable attempt to investigate the affairs of the Crown in right of Newfoundland. There is nothing whatsoever in the mandate to indicate that the investigation goes beyond an inquiry into the affairs of Javelin. The case is clearly distinguishable from *Keable* on that basis. I find therefore that the issue raised by the constitutional question does not arise on the facts of this case and the question as set need not be answered.

a conclu que l'enquête relevait de la compétence provinciale sur «l'administration de la justice dans la province», mais qu'il y avait lieu de modifier le mandat du commissaire de manière à exclure ce qui se rapportait à l'administration de la G.R.C. Je cite ses motifs à la p. 242:

Je dois donc conclure que l'on a validement ordonné la tenue d'une enquête sur des actes criminels reprochés à des membres de la G.R.C., mais qu'il faut examiner jusqu'à quel point l'enquête peut être menée sur l'administration de cette police. Cette dernière est régie par une loi fédérale, la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* (S.R.C. 1970, chap. R-9) et relève du ministère du Solliciteur général, (*Loi sur le ministère du Solliciteur général*, S.R.C. 1970, chap. S-12, art. 4). On ne conteste pas que l'établissement et l'administration de cette police dans le cadre du gouvernement du Canada relèvent de l'autorité du Parlement. Il est donc évident qu'aucune autorité provinciale ne peut s'ingérer dans son administration. Le personnel de la Gendarmerie royale ne jouit d'aucune immunité contre le pouvoir des autorités provinciales appropriées de faire enquête et d'instituer des poursuites en cas d'actes criminels commis par l'un d'eux comme par toute autre personne, mais ces autorités provinciales ne peuvent en prendre prétexte pour faire enquête sur l'administration et la gestion de cette police. La théorie du détournement de pouvoir s'applique tout autant à l'examen de la validité du mandat ou des décisions d'une commission qu'à celui de la constitutionnalité d'une loi. Comme le disait le vicomte Simon dans l'arrêt *Procureur général de la Saskatchewan c. Procureur général du Canada*, [1949] A.C. 110 à la p. 124, [TRADUCTION] «nul ne peut faire indirectement ce qu'il lui est interdit de faire directement».

(C'est moi qui souligne.)

Je ne considère pas le mandat de M. Sparling comme une tentative déguisée d'enquêter sur les affaires de Sa Majesté du chef de Terre-Neuve. Il n'y a dans le mandat absolument rien qui indique que l'enquête dépasse le cadre d'un examen des affaires de Javelin. La présente espèce est à ce titre nettement différente de l'affaire *Keable*. Je conclus donc, compte tenu des faits, que la situation visée par la question constitutionnelle ne se présente pas dans la présente affaire et que point n'est besoin de répondre à cette question en sa formulation actuelle.

I turn now to the more difficult issue raised on this appeal, namely, Mr. Smallwood's alleged immunity to give oral testimony or produce documents at the inquiry. Mr. Smallwood claims this immunity on three grounds: Crown privilege (public interest immunity), his oath of office and the doctrine of cabinet secrecy.

Campellability as a witness

A preliminary issue which must be determined prior to a consideration of public interest immunity is whether Mr. Smallwood is compellable as a witness. Does he, by virtue of his position as a former Minister, have any special claim which would deny the Commission the right to subpoena him? *Wigmore on Evidence*, 1961, McNaughton revision, vol. 8, p. 748, states at para. 2370:

> **2370.(c). Testimonial privilege of the executive not to be a witness.** The public (in the words of Lord Hardwicke) has a right to every man's evidence. Is there any reason why this right should suffer an exception when the desired knowledge is in the possession of a person occupying at the moment the office of *chief executive* of a state?
>
> There is no reason at all. His temporary duties as an official cannot override his permanent and fundamental duty as a citizen and as a debtor to justice. The general principle of testimonial duty to disclose knowledge needed in judicial investigations is of universal force. It does not suffer an exemption which would apply irrespective of the nature of the person's knowledge and would rest wholly on the nature of the person's occupation.
>
> . . .
>
> Let it be understood, then, that there is no exemption for officials as such or for the executive as such from the universal testimonial duty to give evidence in judicial investigations. The exemptions that exist are defined by other principles.

(Emphasis added.)

In *R. v. Baines*, [1909] 1 K.B. 258 subpoenas were issued to the Prime Minister and the Home Secretary to require them to testify in criminal proceedings. They applied to have the subpoenas

Cela m'amène à la question plus difficile soulevée en l'espèce; il s'agit de l'immunité dont jouirait M. Smallwood contre l'obligation de déposer oralement ou de produire des documents au cours de l'enquête. M. Smallwood réclame cette immunité à trois titres: le privilège de la Couronne (l'immunité d'intérêt public), son serment d'office et la doctrine du secret des délibérations du Cabinet.

L'obligation de témoigner

Avant de passer à une étude de l'immunité d'intérêt public, il faut trancher la question préliminaire de savoir si M. Smallwood peut être contraint à témoigner. Jouit-il en sa qualité d'ex-ministre d'un statut particulier qui a pour effet d'enlever à la Commission le droit de l'assigner comme témoin? Dans *Wigmore on Evidence*, 1961, révision de McNaughton, t. 8, à la p. 748, on trouve ce qui suit au par. 2370:

> [TRADUCTION] **2370.c). Le privilège de ne pas témoigner d'un membre de l'exécutif.** Le public (suivant les mots de lord Hardwicke) a droit au témoignage de chacun. Y a-t-il une raison pour que ce droit souffre une exception lorsque la personne qui possède les renseignements voulus occupe à ce moment-là le poste de *chef de l'exécutif* d'un état?
>
> Il n'y a absolument aucune raison. Les fonctions temporaires que lui impose sa charge ne l'emportent pas sur son obligation permanente et fondamentale en tant que citoyen et redevable à la justice. Le principe général de l'obligation d'un témoin de divulguer les renseignements requis dans le cadre d'enquêtes judiciaires s'applique à tout le monde. Il ne souffre pas d'exception qui jouerait indépendamment de la nature des renseignements connus par la personne en question et dont l'application reposerait exclusivement sur la nature des fonctions de cette personne.
>
> . . .
>
> Qu'il soit donc bien compris que ni les fonctionnaires ni les membres de l'exécutif ne sont en raison de leurs fonctions, exemptés de l'obligation universelle de témoigner dans le cadre d'enquêtes judiciaires. Dans la mesure où il existe des exemptions, celles-ci reposent sur d'autres principes.

(C'est moi qui souligne.)

Dans l'affaire *R. v. Baines*, [1909] 1 K.B. 258, le premier ministre et le ministre de l'Intérieur avaient été assignés à témoigner dans une affaire criminelle. Alléguant qu'ils ne pouvaient produire

set aside on the basis they had no evidence to give which was relevant to any issue that could arise at the trial. Their applications were allowed on that basis but in the course of his judgment Bigham J. affirmed that (at p. 261):

> It must not be supposed that the position which the applicants occupy affords them any privilege. They stand in the same position as any other of His Majesty's subjects.

The decision in *Baines* was approved by the British Columbia Supreme Court in *R. v. Allerton* (1914), 17 D.L.R. 294.

It would appear then that at common law a cabinet minister might not be exempted from presenting evidence in a court proceeding merely by virtue of his position as a minister of the Crown. It is necessary to consider whether this has been changed by statute.

*The House of Assembly Act*, R.S.N. 1970, c. 159, s. 19, provides:

> **19.** The House of Assembly and the members thereof shall hold, enjoy, and exercise such and the like privileges, immunities, and powers as are now held, enjoyed, and exercised by the House of Commons of the Parliament of Canada and by the members thereof.

The *Senate and House of Commons Act*, R.S.C. 1970, c. S-8 provides:

> PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF MEMBERS AND OFFICERS
>
> **4.** The Senate and the House of Commons respectively, and the members thereof respectively, hold, enjoy and exercise,
>
> (*a*) such and the like privileges, immunities and powers as, at the time of the passing of the *British North America Act, 1867*, were held, enjoyed and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom, and by the members thereof, so far as the same are consistent with and not repugnant to that Act; and
>
> (*b*) such privileges, immunities and powers as are from time to time defined by Act of the Parliament of Canada, not exceeding those at the time of the passing of such Act held, enjoyed and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom and by the members thereof respectively.

de preuves pertinentes aux questions susceptibles d'être soulevées au procès, ils ont demandé l'annulation des assignations. Leurs demandes ont été accueillies sur ce fondement, mais au cours de ses motifs le juge Bigham a déclaré que (à la p. 261):

> [TRADUCTION] Il ne faut pas supposer que les requérants jouissent d'une immunité en raison des postes qu'ils occupent. Leur situation est la même que celle de tout autre sujet de Sa Majesté.

La décision dans l'affaire *Baines* a reçu l'approbation de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. v. Allerton* (1914), 17 D.L.R. 294.

Il semblerait donc que la *common law* n'accorde pas à un ministre simplement en raison de son poste de ministre de la Couronne une exemption de l'obligation de témoigner dans le cadre d'une procédure judiciaire. D'où la nécessité d'examiner si cet état de choses a été modifié par voie législative.

*The House of Assembly Act*, R.S.N. 1970, chap. 159, art. 19, porte:

> [TRADUCTION] **19.** La Chambre d'assemblée et ses membres possèdent et exercent les mêmes privilèges, immunités et attributions que possèdent et exercent présentement la Chambre des communes du Parlement du Canada et ses membres.

La *Loi sur le Sénat et la Chambre des communes*, S.R.C. 1970, chap. S-8 dispose:

> PRIVILÈGES ET IMMUNITÉS DES MEMBRES ET FONCTIONNAIRES
>
> **4.** Le Sénat et la Chambre des communes, respectivement, ainsi que leurs membres respectifs, possèdent et exercent
>
> *a*) les mêmes privilèges, immunités et attributions que possédaient et exerçaient, lorsque a été voté l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni, ainsi que ses membres, dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec ladite loi; et
>
> *b*) les privilèges, immunités et attributions qui sont de temps à autre définis par une loi du Parlement du Canada, n'excédant pas ceux que possédaient et exerçaient, respectivement, à la date de cette loi, la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni et ses membres.

**5.** Such privileges, immunities and powers are part of the general and public law of Canada, and it is not necessary to plead the same, but the same shall, in all courts in Canada, and by and before all judges, be taken notice of judicially.

**5.** Ces privilèges, immunités et attributions font partie de la loi générale et publique du Canada, et il n'est pas nécessaire de les alléguer spécialement, mais tous les tribunaux et tous les juges du Canada doivent en prendre judiciairement connaissance.

It seems to me that these statutes do not provide any immunities which did not exist at common law. Section 41 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 appears to apply only to documentary privilege and does not expressly create a privilege on the basis of status as a minister of the Crown. Nor does *The Oaths of Office Act*, R.S.N. 1970, c. 278 purport to create any privilege. I find therefore that the common law has not been changed as far as compellability in a court of law is concerned.

Il me semble que ces lois ne confèrent pas d'immunités qui n'existent pas en *common law*. L'article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, ne vise que le privilège relatif aux documents et ne crée pas expressément une immunité fondée sur le statut de ministre de la Couronne. De plus, *The Oaths of Office Act*, R.S.N. 1970, chap. 278, n'a pas pour effet de créer une immunité. Je conclus donc qu'il n'y a pas eu modification de la *common law* en ce qui a trait à l'obligation de témoigner devant une cour de justice.

Counsel for Mr. Smallwood, however, raised the issue as to whether Mr. Smallwood was compellable as a witness at a public inquiry as opposed to a court of law. For assistance on this question I return to the judgment of Mr. Justice Pigeon in *Keable (supra)*. Quoting from his reasons at pp. 244-45:

L'avocat de M. Smallwood a cependant soulevé la question de savoir si ce dernier peut être contraint à témoigner dans le cadre d'une enquête publique par opposition à une cour de justice. Pour des éclaircissements sur cette question, je reviens au jugement du juge Pigeon dans l'arrêt *Keable*, précité, où il dit aux pp. 244 et 245:

> I do not find it necessary to review at great length the numerous authorities cited on the fourth constitutional question. Because, at common law, a commission of inquiry has no power to compel the attendance of witnesses and to require the production of documents, any jurisdiction for such purposes depends on statutory authority, and it seems clear that provincial legislation cannot be effective by itself to confer such jurisdiction as against the Crown in right of Canada. In the recent case of *Her Majesty in right of Alberta v. C.T.C.* [1978] 1 S.C.R. 61, Laskin C.J., said with the concurrence of all but two of the other members of the Court (at p. 72):
>
> > ... a Provincial Legislature cannot in the valid exercise of its legislative power, embrace the Crown in right of Canada in any compulsory regulation.
>
> . . .
>
> Appellants submit that the decision of this Court in *Regina v. Snider*, [1954] S.C.R. 479, means that a minister of the Crown is a compellable witness at a trial and they point out that under s. 7 of the provincial Act a commissioner has "all the powers of a judge of the Superior Court in term". This enactment cannot, at least towards federal authorities, have the effect of making an inquiry the legal equivalent of a trial. Such an inquiry is rather in the nature of a discovery and it

> Il me paraît inutile de m'attarder longtemps à la jurisprudence abondante citée au sujet de la quatrième question constitutionnelle. Puisqu'en *common law*, une commission d'enquête n'a aucun pouvoir de contraindre un témoin à comparaître ou d'exiger la production de documents, toute compétence à cet égard doit être conférée par une loi. Il me semble évident que la législature provinciale ne peut conférer une telle compétence à l'encontre de Sa Majesté la Reine du chef du Canada. Dans un arrêt récent, *Sa Majesté du chef de l'Alberta c. C.C.T.* [1978] 1 R.C.S. 61, le juge en chef Laskin, avec l'accord de six collègues, dit à la p. 72:
>
> > ... une législature provinciale ne peut, dans l'exercice de ses pouvoirs législatifs, assujettir la Couronne du chef du Canada à une réglementation obligatoire.
>
> . . .
>
> Les appelants prétendent que la décision de cette Cour dans *Regina c. Snider*, [1954] R.C.S. 479, signifie qu'un ministre du gouvernement peut être contraint de témoigner à un procès et ils soulignent qu'aux termes de l'art. 7 de la Loi provinciale un commissaire a «tous les pouvoirs d'un juge de la Cour supérieure siégeant en terme». Cette disposition ne peut avoir pour effet, du moins à l'égard d'autorités fédérales, de faire d'une enquête l'équivalent en droit d'un procès. Une telle

seems to be well established that, at common law, the Crown enjoys a prerogative against being compelled to submit to discovery.

(Emphasis added.)

Accepting on the authority of *Keable* that an inquiry is in the nature of a discovery, is Mr. Smallwood compellable as a witness at the inquiry? Unfortunately, we received little assistance from counsel on this issue, perhaps because there is a dearth of authority on the subject. While *Keable* is helpful as to the nature of a public inquiry, it was dealing with the question whether provincial legislation could confer jurisdiction on a commission of inquiry to compel the attendance of federal Crown witnesses. In the instant case we have the converse. Can federal legislation confer jurisdiction on a commission of inquiry to compel the attendance of provincial Crown witnesses? We have no constitutional problem here of the kind which arose in *Keable*.

Nevertheless *Keable* suggests that a public inquiry such as we have here may be more in the nature of a discovery than a court proceeding. To that extent therefore the case is helpful to Mr. Smallwood's cause if counsel is correct that the law already reviewed is applicable only to court proceedings. I do not believe, however, that *Keable* went that far. But, be that as it may, I think Mr. Smallwood faces a greater hurdle on the issue of his compellability as a witness. He is no longer a minister of the Crown in right of Newfoundland. He is a private citizen and called upon to testify as such. It may be, as will be discussed later in these reasons, that former ministers can claim public interest immunity in some circumstances with respect to specific oral or documentary evidence, but I can find no authority for the proposition that former ministers can claim complete testimonial immunity.

enquête s'apparente davantage à la procédure de communication préalable de la preuve et il semble bien établi en *common law* que le gouvernement jouit d'une prérogative contre toute contrainte à l'examen préalable.

(C'est moi qui souligne.)

Si l'on admet en se fondant sur l'arrêt *Keable*, qu'une enquête s'apparente à la procédure de communication préalable de la preuve, M. Smallwood peut-il être contraint à témoigner à l'enquête? Malheureusement, les procureurs ne nous ont pas beaucoup éclairés sur cette question, peut-être en raison de la pénurie de jurisprudence à cet égard. Bien que l'arrêt *Keable* nous instruit sur la nature d'une enquête publique, la question dans cette affaire-là était de savoir si une loi provinciale peut habiliter une commission d'enquête à exiger la comparution de témoins qui relèvent de l'administration fédérale. En l'espèce c'est l'inverse, la question étant de savoir si une loi fédérale peut habiliter une commission d'enquête à exiger la comparution de témoins qui relèvent de l'administration provinciale. Nous ne sommes pas ici en présence d'un problème constitutionnel du même type que celui dans l'affaire *Keable*.

L'arrêt *Keable* donne néanmoins à entendre qu'une enquête publique comme celle en l'espèce s'apparente peut-être davantage à la procédure de communication préalable de la preuve qu'à une procédure judiciaire. Dans cette mesure donc il s'agit d'un arrêt qui pourra avancer la cause de M. Smallwood, à condition que l'avocat ait raison de dire que les principes de droit déjà examinés ne s'appliquent qu'aux procédures judiciaires. Je ne suis toutefois pas d'avis que l'arrêt *Keable* aille aussi loin. Quoi qu'il en soit, je crois que l'immunité de M. Smallwood contre l'obligation de témoigner se heurte à un obstacle encore plus considérable. Il n'est plus ministre du gouvernement de Terre-Neuve. Il est simple citoyen et c'est à ce titre qu'il est assigné à témoigner. Peut-être, et j'en parlerai plus loin dans ces motifs, que d'anciens ministres peuvent, dans certaines circonstances à l'égard d'éléments de preuve orale ou littérale précis, invoquer l'immunité d'intérêt public, mais, à ce que je peux voir, il n'existe aucune jurisprudence à l'appui de la proposition selon laquelle des ex-ministres peuvent réclamer une immunité complète contre l'obligation de témoigner.

It seems to me that if I am correct in holding that the conduct of the inquiry is within the constitutional authority of the Restrictive Trade Practices Commission under the *Canada Corporations Act* because it is an inquiry into the affairs and management of Javelin, then there is no basis for Mr. Smallwood's claim to complete testimonial immunity. As was pointed out by *Wigmore*, he did not have it at common law in respect of court proceedings. Nor does he have it by statute. I see no reason therefore why he should not be amenable to subpoena if he has relevant evidence to contribute towards a validly constituted federal inquiry conducted in the public interest. In so saying, of course, I do not prejudge the scope of his right to claim Crown privilege with respect to particular oral or documentary disclosures if such is legally available to him. This is the next issue I propose to address.

Il me semble que, si j'ai raison de conclure que la Commission sur les pratiques restrictives du commerce a le pouvoir constitutionnel de tenir l'enquête en vertu de la *Loi sur les corporations canadiennes* parce qu'il s'agit d'une enquête sur les affaires et la gestion de Javelin, la revendication d'immunité complète de M. Smallwood contre l'obligation de témoigner est dès lors sans fondement. Comme le souligne *Wigmore*, la *common law* ne lui confère pas pareille immunité à l'égard de procédures judiciaires. De même, aucune loi ne la lui confère. Je ne vois donc aucune raison pour laquelle on ne doit pas l'assigner comme témoin s'il est en possession de preuves pertinentes qui peuvent être utiles dans le cadre d'une enquête fédérale validement ouverte et menée dans l'intérêt public. Ceci dit, je ne préjuge évidemment pas l'étendue du droit de M. Smallwood d'invoquer le privilège de la Couronne à l'égard de certaines divulgations, orales ou documentaires, s'il peut également l'invoquer. Voilà la question que je me propose d'aborder maintenant.

Documentary evidence

There is no statute in Newfoundland dealing with the privilege of the Crown in right of the province. It is necessary therefore to turn to the common law. The common law with respect to privilege vis-à-vis documentary evidence seems to be fairly clear.

La preuve documentaire

Aucune loi de Terre-Neuve ne porte sur le privilège de la Couronne du chef de la province. Cela nous oblige donc à nous reporter à la *common law* qui paraît assez claire en ce qui a trait au privilège à l'égard de la preuve documentaire.

The leading Canadian authority, is *R. v. Snider*, [1954] S.C.R. 479 in which this Court affirmed the right of the court to examine documents to ascertain whether there might be prejudice to the public interest in their disclosure. In *Snider* the Director of Taxation for the District of Vancouver was subpoenaed to give oral evidence and to produce the income tax returns of the accused in a criminal proceeding. The Minister of National Revenue objected. The following passage from the judgment of Rand J. at p. 482 delimits the scope of Crown privilege in this area:

L'arrêt de principe du Canada dans ce domaine est l'arrêt *R. c. Snider*, [1954] R.C.S. 479, où cette Cour a confirmé le droit d'une cour d'examiner des documents afin de déterminer si leur divulgation risque de porter atteinte à l'intérêt public. Dans cette affaire, le directeur de l'Impôt du district de Vancouver a été sommé dans le cadre d'une procédure criminelle de témoigner oralement et de produire les déclarations d'impôt sur le revenu de l'accusé. Le ministre du Revenu national s'y est opposé. Le passage suivant tiré des motifs du juge Rand à la p. 482 délimite l'étendue du privilège de la Couronne dans ce domaine:

What is in debate are confidential communications and, for a better understanding of the question, the distinction is to be kept in mind between them and the matter which they deal with or express, that is, there may be confidential or secret matter apart from that of

[TRADUCTION] Le litige porte sur des communications confidentielles et, pour mieux cerner la question soulevée, il faut retenir qu'il existe une différence entre ces communications et leur objet ou leur teneur, c'est-à-dire qu'il peut y avoir des questions confidentielles ou

the communications themselves but to which they relate, or the secrecy may exist as to the matters which the communications themselves create or indeed to the fact of the communication alone. It requires as its essential condition that there be a public interest recognized as overriding the general principle that in a court of justice every person and every fact must be available to the execution of its supreme functions. As Lord Chancellor Hardwicke, in speaking against the Bill For Indemnifying Evidence, Cobbett's Parliamentary History 12, 675, 693, 1742, declared:

> It has, my lords, I own, been asserted by the noble duke that the public has a right to every man's evidence—a maxim which in its proper sense cannot be denied. For it is undoubtedly true that the public has a right to all the assistance of every individual.

And this applies as fully to the private suitor or an accused as to the public. The privilege is one to be asserted by or on behalf of a person or persons including the Crown to whose benefit it enures, and it may be waived only by the beneficiary; if the disclosure is proposed in a proceeding between third parties, the court itself must interpose to safeguard the privilege.

It springs, then, from a confidential communication coupled with a paramount public interest in permitting the secrecy surrounding the communication or its contents to be maintained.

(Emphasis added.)

The conclusion of the Court is perhaps best summarized at pp. 485-86 of Rand J.'s judgment:

> Once the nature, general or specific as the case may be, of documents or the reasons against its disclosure, are shown, the question for the court is whether they might, on any rational view, either as to their contents or the fact of their existence, be such that the public interest requires that they should not be revealed; if they are capable of sustaining such an interest, and a minister of the Crown avers its existence, then the courts must accept his decision. On the other hand, if the facts, as in the example before us, show that, in the ordinary case, no such interest can exist, then such a declaration of the minister must be taken to have been made under a misapprehension and be disregarded. To eliminate the courts in a function with which the tradition of the common law has invested them and to hold them subject to any opinion formed, rational or irrational, by a

secrètes qui existent indépendamment des communications elles-mêmes, mais auxquelles celles-ci se rapportent; il est également possible que le secret se rattache au contenu des communications ou même au simple fait qu'il y a eu communication. La condition essentielle du secret est qu'il y ait un intérêt public dont on reconnaît la prépondérance sur le principe général selon lequel une cour de justice, dans l'exercice de ses fonctions souveraines, doit pouvoir faire appel à toute personne et avoir à sa disposition tous les faits. Comme l'a déclaré le lord chancelier Hardwicke en se prononçant contre le Bill For Indemnifying Evidence, Cobbett's Parliamentary History 12, 675, 693, 1742:

> Je reconnais, vos Seigneuries, que le noble duc a affirmé que le public a droit au témoignage de chacun — maxime qui, en son sens littéral, ne peut être réfutée. Car il ne fait pas de doute que le public a droit à toute l'aide de chaque personne.

Et cela vaut autant pour le plaideur particulier ou pour un accusé que pour le public. Il s'agit d'un privilège qui doit être invoqué par les personnes ou pour le compte des personnes, y compris la Couronne, auxquelles il profite et ces personnes sont seules habilitées à y renoncer; si la divulgation est proposée au cours d'une procédure entre tiers, la Cour doit elle-même intervenir pour sauvegarder ce privilège.

Le privilège résulte donc d'une communication confidentielle assortie d'un intérêt public prépondérant dans le maintien du secret entourant la communication ou sa teneur.

(C'est moi qui souligne.)

Ce sont les pp. 485 et 486 des motifs du juge Rand qui résument peut-être le mieux la conclusion de la Cour:

> [TRADUCTION] Dès lors que la nature, générale ou précise selon le cas, de documents a été dévoilée ou qu'on a présenté les motifs de leur non-divulgation, il incombe à la cour de décider si, rationnellement, l'intérêt public exige la non-divulgation de ces documents soit en raison de leur contenu soit en raison de leur existence; s'il peut exister pareil intérêt public à l'égard des documents en cause et qu'un ministre de la Couronne en affirme l'existence, les cours doivent alors accepter sa décision. Si, par contre, il ressort des faits, comme c'est le cas en l'espèce, que normalement il ne peut pas y avoir un pareil intérêt, il faut alors présumer que le ministre a fait sa déclaration à mauvais escient et en faire abstraction. Enlever aux cours une fonction dont la *common law* les a traditionnellement investies pour les assujettir à l'opinion, soit-elle rationnelle ou irration-

member of the executive to the prejudice, it might be, of the lives of private individuals, is not in harmony with the basic conceptions of our polity. But I should add that the consequences of the exclusion of a document for reasons of public interest as it may affect the interest of an accused person are not in question here and no implication is intended as to what they may be.

What is secured by attributing to the courts this preliminary determination of possible prejudice is protection against executive encroachments upon the administration of justice; and in the present trend of government little can be more essential to the maintenance of individual security. In this important matter, to relegate the courts to such a subserviency as is suggested would be to withdraw from them the confidence of independence and judicial appraisal that so far appear to have served well the organization of which we are the heirs. These are considerations which appear to me to follow from the reasoning of the Judicial Committee in *Robinson v. South Australia* [1931] A.C. 704.

(Emphasis added.)

It should be noted that this decision predates the House of Lord's decision in *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 and was decided at a time when the prevailing law was that of absolute immunity as recognized in *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624.

*Conway v. Rimmer (supra)* remains the authority in England on this issue. It affirms the "relative immunity" position. However, of note are some comments made in the case with respect to cabinet minutes. They cannot be disclosed until such time as they are of historical interest (*per* Lord Reid at p. 952). Similar comments appear at p. 973 *per* Lord Hodson, at p. 987 *per* Lord Pearce and at p. 993 *per* Lord Upjohn.

Perhaps the most useful authority as far as its factual similarities to the present case are concerned is *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700 (H.L.). In that case Burmah Oil had brought an action against the Bank to set aside a sale of stock. The list of documents prepared by the Bank included docu-

nelle, d'un membre de l'exécutif au préjudice, peut-être, des vies de particuliers, va à l'encontre des principes les plus fondamentaux reconnus dans notre société. Je tiens toutefois à ajouter qu'il n'est nullement question en l'espèce des conséquences de l'exclusion d'un document pour des motifs d'intérêt public lorsque cela risque d'avoir une incidence sur l'intérêt d'un accusé, et je ne me prononce pas sur ce que peuvent être ces conséquences.

L'attribution aux cours de la tâche d'effectuer cette détermination préliminaire quant à la possibilité de préjudice constitue une protection contre les empiétements de l'exécutif sur l'administration de la justice; et, compte tenu des tendances gouvernementales actuelles, c'est ce qu'il y a de plus essentiel au maintien de la sécurité individuelle. Vu l'importance de cette question, reléguer les cours à un rôle subordonné, comme on le propose, serait leur retirer l'assurance d'indépendance et d'appréciation judiciaire qui semblent jusqu'à présent avoir bien servi l'organisation dont nous sommes héritiers. Ces considérations me semblent découler du raisonnement du Comité judiciaire dans l'arrêt *Robinson v. South Australia* [1931] A.C. 704.

(C'est moi qui souligne.)

Il est à noter que cet arrêt, antérieur à l'arrêt de la Chambre des lords *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910, a été prononcé à une époque où le principe de droit qui prévalait était celui de l'immunité absolue reconnu dans l'arrêt *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624.

En Angleterre, l'arrêt *Conway v. Rimmer*, précité, est toujours l'arrêt de principe sur cette question. Il confirme la théorie de [TRADUCTION] «l'immunité relative». Il faut, cependant, noter dans cet arrêt les observations relatives aux procès-verbaux des délibérations du Cabinet. Leur divulgation est interdite jusqu'au moment où ils revêtent un intérêt historique (lord Reid à la p. 952). Lord Hodson à la p. 973, lord Pearce à la p. 987 et lord Upjohn à la p. 993 font des remarques dans le même sens.

Du point de vue de la ressemblance des faits avec ceux de la présente espèce, c'est peut-être l'affaire *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700 (C.L.), qui présente la plus grande utilité. Dans cette affaire-là, Burmah Oil avait intenté une action en annulation d'une vente d'actions contre la Banque. La liste de documents

ments which disclosed the part played by the government in the transaction between Burmah and the Bank and the advice received by the government. At the request of the Crown the Bank objected to discovery of some sixty-two documents. The documents were divided into three categories and the claims for privilege were advanced as follows:

Category A

These consist of communications between, to and from Ministers (including Ministers' Personal Secretaries acting on behalf of Ministers) and minutes and briefs for Ministers and memoranda of meetings attended by Ministers. All such documents relate to the formulation of the policy of the Government ... [the Minister thereafter sets out various aspects of government policy in relation to the financial difficulties of Burmah].

Category B

These consist of communications between, to and from senior officials of the Department of Energy, of the Treasury, and of the Bank including memoranda of meetings of and discussions between such officials, and drafts prepared by such officials (including drafts of minutes and briefs comprised in Category A), all such communications and drafts relating to the formulation of one or more aspects of the policy described in Caterory A.

Category C

These consist of memoranda of telephone conversations and meetings between senior representatives of major companies and other businessmen on the one hand and a Minister or senior officials of government departments and of the Bank on the other and memoranda of meetings of such officials and briefs for Ministers and drafts of such briefs, all recording or otherwise referring to commercial or financial information communicated in confidence by such company representatives and businessmen.

The action was subsequently narrowed to ten documents falling within Categories A and B. These were mainly minutes of meetings attended

dressée par la Banque en comprenait quelques-uns qui dévoilaient le rôle joué par le gouvernement dans l'opération intervenue entre Burmah et la Banque ainsi que les conseils qu'il avait reçus. A la demande de la Couronne; la Banque s'est opposée à la communication préalable de quelque soixante-deux documents. Les documents à l'égard desquels on invoquait le privilège, étaient divisés en trois catégories:

[TRADUCTION]

La catégorie A

Il s'agit de communications adressées à des ministres et faites par des ministres (y compris les secrétaires particuliers de ministres agissant pour le compte de ceux-ci), de notes et de mémoires à l'intention de ministres et de procès-verbaux de réunions auxquelles ont assisté des ministres. Tous ces documents se rapportent à la formulation de la politique du gouvernement ... [le Ministre énonce par la suite différents aspects de la politique gouvernementale relativement aux difficultés financières de Burmah].

La catégorie B

Il s'agit de communications adressées à des hauts fonctionnaires du ministère de l'Énergie, du Trésor et de la Banque ou faites par eux. Parmi ces communications figurent notamment des procès-verbaux de réunions et de délibérations de ces fonctionnaires et des projets rédigés par ceux-ci (y compris des projets de notes et de mémoires compris dans la catégorie A); ces communications et ces projets se rapportent tous à la formulation d'au moins un aspect de la politique énoncée dans la catégorie A.

La catégorie C

Il s'agit de notes de conversations téléphoniques et de procès-verbaux de réunions entre des cadres supérieurs de sociétés importantes et d'autres hommes d'affaires d'une part et un ministre ou des hauts fonctionnaires de ministères gouvernementaux et de la Banque d'autre part. Il s'agit en outre de procès-verbaux de réunions de ces fonctionnaires, de mémoires à l'intention de ministres et de projets de ces mémoires, et dans chacun de ces documents sont inscrits ou autrement mentionnés des renseignements de nature commerciale ou financière communiqués à titre confidentiel par les représentants de sociétés et les hommes d'affaires susvisés.

On a par la suite réduit à dix le nombre de documents faisant l'objet de l'action. Ces documents relevaient des catégories A et B et consis-

by bank and government officials some of whom were ministers.

It was held that when a claim of privilege is made in respect of documents which are *prima facie* relevant to the issues before the court, the court must review the documents in order to balance the competing interests of preventing harm to the state or the public service by disclosure and preventing frustration of the administration of justice by withholding disclosure.

The decision of the House of Lords is of interest in two aspects. First, the action took place at the discovery stage and the Crown was not a party to the original action. Edmund-Davies L.J. made the following comments at p. 720:

> There is a further feature in this case which it would be pusillanimous to ignore. It consists in the fact that this is not one of those cases where the complete detachment of the party resisting disclosure is beyond doubt. It is true that the government is not a party to these proceedings, but it would be unrealistic to think that the conduct of government's servants and advisers nowise enters into this case. Not only is it the fact that the Bank, left to its own devices, would have complied in full with Burmah's request for discovery, but its only opponent (through the intervention of the Attorney-General) is the government, whose own role must inevitably and inescapably be scrutinised and may be subjected to criticism. Accordingly, since not only justice itself but also the *appearance* of justice is of considerable importance, the balancing exercise is bound to be affected to some degree where the party objecting to discovery is not a wholly detached observer of events in which it was in no way involved. It cannot realistically be thought that the government is wholly devoid of interest in the outcome of these proceedings. On the contrary, it has a very real and lively interest, for were Burmah to succeed it could only be on the basis that the Bank behaved unconscionably, and the evidence indicates that the Bank was acting throughout in accordance with government instructions.
>
> (Emphasis added.)

taient surtout en des procès-verbaux de réunions auxquelles avaient assisté des fonctionnaires de la Banque et du gouvernement, dont quelques ministres.

On a conclu que lorsque le privilège est invoqué à l'égard de documents qui à première vue se rapportent aux questions dont elle est saisie, la cour doit examiner ces documents afin de décider entre deux intérêts contradictoires, savoir celui d'empêcher que, par la divulgation, il soit porté atteinte à l'État ou aux services publics et celui qui consiste à empêcher que, par la non-divulgation, soit contrecarrée l'administration de la justice.

L'arrêt de la Chambre des lords nous intéresse à deux titres. En premier lieu, l'action a été intentée au stade de la communication préalable et la Couronne n'était pas partie à l'action initiale. Le lord juge Edmund-Davies a fait les observations suivantes à la p. 720:

> [TRADUCTION] Il y a encore un aspect de cette affaire qu'on ne saurait négliger sans faire preuve de pusillanimité. Il s'agit du fait qu'on n'est pas ici en présence d'une situation où indubitablement la partie qui s'oppose à la divulgation est complètement désintéressée. Certes, le gouvernement n'est pas partie à ces procédures, mais il serait irréaliste de croire que la conduite des employés et des conseillers du gouvernement n'est pas une considération en l'espèce. Non seulement il est admis que la Banque, laissée à elle-même, aurait accédé entièrement à la demande de communication préalable faite par Burmah, mais que seul s'y oppose (par l'intervention du procureur général) le gouvernement, dont le rôle doit inévitablement et nécessairement faire l'objet d'examen et peut aussi être soumis à la critique. Ainsi, puisque non simplement la justice elle-même mais aussi l'*apparence* de justice revêtent une importance considérable, lorsque la partie qui s'oppose à la communication préalable n'est pas le témoin entièrement désintéressé d'événements auxquels il n'a en aucune manière participé, cela doit immanquablement avoir une certaine incidence sur la décision à prendre relativement à la communication. Il est irréaliste de croire que le gouvernement n'a aucun intérêt dans l'issue de ces procédures. Au contraire, son intérêt est à la fois très réel et très vif, car, si Burmah doit avoir gain de cause, ce ne pourra être qu'en raison d'une conduite peu scrupuleuse de la part de la Banque, et il se dégage de la preuve que celle-ci n'a fait que suivre les directives du gouvernement.
>
> (C'est moi qui souligne.)

Second, the House of Lords unanimously recognized that these were documents which belonged to a "class" of documents which would, according to *Conway v. Rimmer (supra)*, be absolutely protected from production as being "cabinet minutes and the like". Nevertheless, their decision that the documents should not be disclosed was taken after the documents had been examined and seems to have been based on their finding that the documents were not relevant to the issue between Burmah and the Bank. It does not appear to have been based on any absolute principle of public interest immunity. The decision indicates that it is the role of the courts, not the administration, to determine whether disclosure of the documents would be injurious to the public interest.

Oral evidence

Having concluded that there is no absolute privilege *vis-à-vis* the documents, I must now determine whether the same principle applies to oral testimony. *Halsbury's Laws of England*, vol. 17, 4th ed., 1976, at p. 167 states:

> **238. Official communications.** Secrets of state, state papers, confidential official documents and communications between the government and its officers or between such officers are inadmissible evidence if their disclosure would be contrary to the public interest.
>
> The same principle applies to oral evidence, although it will normally not be possible to prevent a witness from giving evidence entirely, since he may be able to give both evidence protected by this rule and other relevant evidence; thus an application by the Crown to set aside a subpoena to such a witness will be refused.

In *Duncan v. Cammell, Laird & Co. (supra)* Viscount Simon L.C. stated at p. 643:

> The present opinion is concerned only with the production of documents, but it seems to me that the same principle must also apply to the exclusion of evidence which, if given, would jeopardize the interests of the community.

This statement was cited with approval in the decision of Sachs J. in *Broome v. Broome*, [1955]

En second lieu, la Chambre des lords a reconnu à l'unanimité que les documents en cause appartenaient à une [TRADUCTION] «catégorie» de documents qui, suivant l'arrêt *Conway v. Rimmer*, précité, jouissaient d'une protection absolue contre la production parce qu'il s'agissait de [TRADUCTION] «procès-verbaux des délibérations du Cabinet et de documents semblables». Néanmoins, la décision de ne pas ordonner la divulgation des documents a été prise après examen de ceux-ci et semble reposer sur la conclusion qu'ils ne se rapportaient pas au litige entre Burmah et la Banque. Cette décision ne semble pas s'être fondée sur un principe absolu d'immunité d'intérêt public et elle indique qu'il appartient aux cours et non à l'administration de décider si la divulgation de documents nuira à l'intérêt public.

Les témoignages oraux

Comme j'ai conclu qu'il n'existe pas de privilège absolu à l'égard des documents, je dois maintenant déterminer s'il en va de même de dépositions orales. On trouve dans *Halsbury's Laws of England*, t. 17, 4e éd., 1976, à la p. 167:

> [TRADUCTION] **238. Les communications officielles.** Les secrets d'État, les documents d'État, les documents officiels confidentiels ainsi que les communications entre le gouvernement et ses fonctionnaires ou les communications entre ces derniers sont irrecevables en preuve si leur divulgation est contraire à l'intérêt public.
>
> Il en est de même des témoignages oraux, bien qu'en temps normal, on ne puisse empêcher complètement un témoin de déposer, car celui-ci peut être en mesure de rendre aussi bien un témoignage protégé par cette règle qu'un témoignage pertinent qui ne bénéficie pas de cette protection; sera donc rejetée toute demande présentée par la Couronne pour faire annuler l'assignation d'un tel témoin.

Dans l'arrêt *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, précité, le vicomte Simon, lord chancelier, dit à la p. 643:

> [TRADUCTION] L'avis que j'exprime ici ne concerne que la production de documents, mais il me semble que le même principe doit s'appliquer également à l'exclusion de témoignages oraux qui, s'ils étaient présentés, compromettraient les intérêts de la collectivité.

Cette déclaration a reçu l'approbation du juge Sachs qui l'a citée dans l'affaire *Broome v.*

1 All E.R. 201. In that case Mrs. Broome, in the course of a petition for divorce, required information from the Soldiers', Sailors', and Airmen's Families Association. Subpoenas were issued to Mrs. Allsop, a member of the Association, and to the Secretary of State requesting documents. The claim of the Crown requesting privilege *vis-à-vis* Mrs. Allsop's testimony failed on a procedural ground but in the course of his judgment Sachs J. made the following observations at pp. 205-06:

When, however, one had regard to the issues which were being contested in the present case, it was obvious that the case had so developed that the evidence of Mrs. Allsop might well be relevant to points which had arisen before there was any occasion for reconciliation between the parties. Thus there were disputes both as to what accommodation could have been secured by the husband at the time when his wife arrived in Hong Kong; as to whether or not the accommodation he in fact secured was reasonable accommodation in the circumstances; and as to matters relating to general conditions in Hong Kong. Until questions were put to the witness it was obviously impossible to tell whether or not they came within the area of S.S.A.F.A. activities for which the Minister of War was stated to desire protection. An application to set aside the subpoena would, if granted, have prevented the witness even being sworn, and would certainly have prevented her having given evidence on any fact, whether or not it was one against the public interest to disclose. Further, any certificate in a "blanket form" which stopped a witness going into the witness-box seems contrary in principle to those portions of the decided cases which enjoin Ministers before giving a certificate as regards documents to examine each in turn in the light of the issues arising in the case.

In those circumstances it seemed to me that even if it was within the competence of a Minister of the Crown to prevent a witness giving evidence on some set of facts or class of facts, it was surely wrong to adopt a procedure which would prevent the witness giving any evidence whatsoever of any sort. Certainly nothing in *R. v. Baines* assisted counsel, as the present subpoena did not refer to a witness who could give no relevant evidence, nor was the subpoena oppressive in any way. Accordingly, I ruled that the application to set aside the subpoena failed.

(Emphasis added.)

*Broome*, [1955] 1 All E.R. 201. Dans cette affaire M^me^ Broome, au cours d'une action en divorce, avait besoin de renseignements qui se trouvaient en la possession de la Soldiers', Sailors', and Airmen's Families Association. M^me^ Allsop, un membre de l'Association, et le Secrétaire d'État ont été sommés par voie de *subpoena* de produire des documents. La demande de privilège qu'a faite la Couronne à l'égard du témoignage de M^me^ Allsop a été rejetée pour un motif de procédure, mais au cours de son jugement le juge Sachs a fait les observations suivantes aux pp. 205 et 206:

[TRADUCTION] Compte tenu toutefois des questions soulevées en la présente espèce, il est évident que l'affaire a évolué de telle façon que le témoignage de M^me^ Allsop pourrait bien se rapporter à des points dont l'origine est antérieure à toute possibilité d'une réconciliation des parties. Ainsi il y a contestation quant au type de logement que le mari a pu obtenir au moment de l'arrivée de sa femme à Hong Kong; quant au caractère acceptable, dans les circonstances, du logement qu'il a effectivement obtenu; et quant à certaines questions relatives à la situation générale à Hong Kong. Jusqu'à ce qu'on interroge le témoin, il était manifestement impossible de juger si les documents en cause relèvent de la catégorie des activités de la S.S.A.F.A. que, dit-on, le ministre de la Guerre désire voir protégées. Si on fait droit à une requête en annulation de l'assignation, cela empêchera même que le témoin soit assermenté et l'empêchera sûrement de témoigner sur tel ou tel fait, même si sa divulgation n'est pas contraire à l'intérêt public. De plus, tout certificat de «portée générale» qui empêche un témoin de déposer paraît foncièrement incompatible avec la partie de la jurisprudence qui enjoint aux ministres de ne pas délivrer de certificat à l'égard de documents avant de les avoir examinés tour à tour à la lumière des questions soulevées en l'espèce.

Dans ces circonstances il me semble que, même si un ministre de la Couronne a compétence pour empêcher un témoin de déposer concernant un ensemble ou une catégorie de faits, il est sûrement erroné d'adopter une procédure dont l'effet est d'empêcher le témoin de rendre quelque témoignage que ce soit. L'affaire *R. v. Baines* n'est certainement d'aucun secours à l'avocat, car l'assignation ici en cause ne s'adresse pas à un témoin qui ne peut pas rendre de témoignage pertinent; cette assignation n'a par ailleurs rien d'oppressif. Par conséquent, je rejette la requête en annulation d'assignation.

(C'est moi qui souligne.)

It appears to me that, in the absence of any statutory provision which would override the common law, the rule with respect to oral testimony is the same as the rule with respect to documents, *i.e.* it is the rule of "relative immunity".

Cabinet secrecy

The other basis of Mr. Smallwood's claim to immunity is the doctrine of cabinet secrecy. The concept of cabinet secrecy and collective cabinet responsibility was discussed in *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.*, [1975] 3 All E.R. 484. In that case Mr. Crossman who had been a cabinet minister from 1964 to 1970 had kept diaries which he intended to publish. After his death in 1974 a firm of publishers wished to publish the diaries and a newspaper published serialized extracts from them. The Attorney General brought actions seeking permanent injunctions restraining these publications on the basis that they were of a confidential nature. This confidentiality was premised on the doctrine of joint cabinet responsibility.

Lord Widgery C.J. denied the Attorney General's request. The purpose of the doctrine is, of course, to maintain the confidentiality of the views of individual cabinet ministers in reaching joint decisions. Lord Widgery held, however, that there was a time limit on the application of the doctrine. His conclusions are summarized in the following passage from his judgment at pp. 495-96:

> Applying those principles to the present case, what do we find?
>
> 1. In my judgment, the Attorney-General has made out his claim that the expression of individual opinions by cabinet ministers in the course of cabinet discussion are matters of confidence, the publication of which can be restrained by the court when this is clearly necessary in the public interest.
>
> 2. The maintenance of the doctrine of joint responsibility within the cabinet is in the public interest, and the application of that doctrine might be prejudiced by premature disclosure of the views of individual ministers.
>
> 3. There must, however, be a limit in time after which the confidential character of the information, and the

J'estime qu'à défaut de disposition législative qui l'emporte sur la *common law*, la règle qui s'applique aux dépositions orales est celle-là même qui s'applique aux documents, c.-à-d. la règle de l'«immunité relative».

Le secret des délibérations du Cabinet

La demande d'immunité de M. Smallwood se fonde en outre sur la doctrine du secret des délibérations du Cabinet. Cette doctrine ainsi que le concept de la responsabilité collective du Cabinet ont été étudiés dans l'arrêt *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.*, [1975] 3 All E.R. 484. Dans cette affaire, M. Crossman, qui avait été ministre de 1964 à 1970, avait tenu des journaux qu'il se proposait de publier. Après sa mort en 1974, une maison d'édition a exprimé le désir de les publier et un journal en a publié des extraits en feuilleton. Le procureur général a présenté des demandes d'injonctions permanentes qui en auraient empêché la publication en raison de leur caractère confidentiel. Il s'agissait d'une confidentialité fondée sur la doctrine de la responsabilité collective du Cabinet.

Le lord juge en chef Widgery a rejeté la demande du procureur général. La doctrine en question vise évidemment le maintien du caractère confidentiel des avis personnels exprimés par chaque ministre au cours de la prise de décisions communes. Lord Widgery a cependant conclu que la durée d'applicabilité de la doctrine est limitée. Ses conclusions se trouvent résumées dans le passage suivant tiré de ses motifs aux pp. 495 et 496:

> [TRADUCTION] Si l'on applique ces principes à la présente espèce, qu'en résulte-t-il?
>
> 1. A mon avis, le procureur général a réussi à établir que les opinions personnelles exprimées par des ministres au cours des délibérations du Cabinet sont confidentielles, et que la cour peut en empêcher la publication lorsque cela est manifestement nécessaire dans l'intérêt public.
>
> 2. Il est dans l'intérêt public de maintenir la doctrine de la responsabilité collective au sein du Cabinet, et la divulgation prématurée des opinions de chaque ministre risquerait de compromettre l'application de cette doctrine.
>
> 3. Il doit toutefois y avoir un délai à l'expiration duquel les renseignements perdront leur caractère confi-

duty of the court to restrain publication, will lapse. Since the conclusion of the hearing in this case I have had the opportunity to read the whole of volume I of the diaries, and my considered view is that I cannot believe that the publication at this interval of anything in volume I would inhibit free discussion in the cabinet of today, even though the individuals involved are the same, and the national problems have a distressing similarity with those of a decade ago. It is unnecessary to elaborate the evils which might flow if at the close of a cabinet meeting a minister proceeded to give the press an analysis of the voting, but we are dealing in this case with a disclosure of information nearly 10 years later.

It may, of course, be intensely difficult in a particular case, to say at what point the material loses its confidential character, on the ground that publication will no longer undermine the doctrine of joint cabinet responsibility. It is this difficulty which prompts some to argue that cabinet discussions should retain their confidential character for a longer and arbitrary period such as 30 years, or even for all time, but this seems to me to be excessively restrictive. The court should intervene only in the clearest of cases where the continuing confidentiality of the material can be demonstrated. In less clear cases—and this, in my view, is certainly one—reliance must be placed on the good sense and good taste of the minister or ex-minister concerned.

In the present case there is nothing in Mr. Crossman's work to suggest that he did not support the doctrine of joint cabinet responsibility. The question for the court is whether it is shown that publication now might damage the doctrine notwithstanding that much of the action is up to 10 years old and three general elections have been held meanwhile.

(Emphasis added.)

On the authority of the *Cape* case (*supra*) it seems to me that the onus would be on Mr. Smallwood to establish that the public interest in joint cabinet responsibility would be prejudiced by any particular disclosure he was being asked to make. Any blanket claim to immunity on this basis must, in my view, also fail.

In summary, it seems to me that for the above reasons the injunction issued by the Federal Court, Trial Division, was properly set aside by the Federdentiel et la cour ne sera plus alors tenue d'en empêcher la publication. Depuis la fin de l'audience en l'espèce, j'ai eu l'occasion de lire intégralement le volume I des journaux et, après mûre réflexion, je ne puis croire que la publication à ce stade-ci de quoi que ce soit qui s'y trouve gênerait la libre discussion au sein du Cabinet actuel, même si sa composition est en partie la même qu'à cette époque-là et même si les problèmes nationaux d'aujourd'hui ressemblent bien malheureusement à ceux d'il y a dix ans. Point n'est besoin de commenter les maux que pourrait causer un ministre qui, à l'issue d'une réunion du Cabinet, fournirait aussitôt à la presse un compte rendu du vote, mais il s'agit en l'espèce de la divulgation de renseignements presque dix ans plus tard.

Il peut, bien entendu, être extrêmement difficile dans un cas d'espèce de dire à quel moment les renseignements en cause perdent leur caractère confidentiel du fait que leur publication ne portera plus atteinte à la doctrine de la responsabilité collective du Cabinet. C'est à cause de cette difficulté que certains prétendent que les délibérations du Cabinet devraient conserver leur caractère confidentiel pendant une période arbitraire d'une durée plus longue, de 30 ans par exemple ou même indéfiniment, mais cela me paraît excessivement restrictif. La cour ne doit intervenir que dans les cas les plus évidents où il est possible de démontrer que les documents gardent leur caractère confidentiel. Dans les cas moins clairs — et la présente espèce, selon moi, en est sûrement un — il faut se fier au bon sens et au bon goût du ministre ou de l'ex-ministre intéressé.

En l'espèce, rien dans l'ouvrage de M. Crossman n'indique qu'il n'appuyait pas la doctrine de la responsabilité collective du Cabinet. La question à trancher par la cour est donc de savoir si on a établi que la publication immédiate risquerait de porter atteinte à la doctrine, même si une bonne partie des événements en question remontent à dix ans et qu'il y ait eu dans cet intervalle trois élections générales.

(C'est moi qui souligne.)

Me fondant sur l'arrêt *Cape*, précité, je conclus qu'il incombe à M. Smallwood d'établir que l'intérêt public dans la responsabilité collective du Cabinet serait mis en danger par une divulgation particulière qu'on lui demande de faire. De même, j'estime qu'il y a lieu de rejeter toute demande générale d'immunité sur ce fondement.

En résumé, il me semble, pour les motifs déjà exposés, que c'est à bon droit que la Cour d'appel fédérale a infirmé l'injonction rendue par la Divi-

al Court of Appeal. Mr. Smallwood has no exemption from the universal testimonial duty to give evidence simply by virtue of his status as former Premier and Minister of the Province of Newfoundland. Nor does he enjoy either by statute or at common law any blanket immunity to give oral testimony or produce documents. His immunity in that regard is relative only and must wait upon the content of the proposed examination. Mr. Smallwood cannot be the arbiter of his own immunity. This is for the courts. The application in this respect was therefore premature.

I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Ahern, Nuss & Drymer, Montreal.*

*Solicitors for the respondent: Desjardins, Ducharme, Desjardins & Bourque, Montreal.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: R. Tassé, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Ross W. Paisley, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of Attorney General, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of the Attorney General of Manitoba.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Rendall Dick, Toronto.*

sion de première instance de la Cour fédérale. Le statut d'ex-premier ministre et d'ex-ministre de la province de Terre-Neuve ne suffit pas pour exempter M. Smallwood de l'obligation universelle de témoigner. De plus, il ne jouit ni en vertu de la *common law* ni en vertu d'une loi d'une immunité générale contre l'obligation de témoigner oralement ou de produire des documents. Il n'a à cet égard qu'une immunité relative qui dépendra des questions posées à l'interrogatoire. M. Smallwood ne peut décider de sa propre immunité. Cette tâche incombe exclusivement aux cours. A ce point de vue, il s'agit donc en l'espèce d'une demande prématurée.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant: Ahern, Nuss & Drymer, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé: Desjardins, Ducharme, Desjardins & Bourque, Montréal.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: R. Tassé, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Ross W. Paisley, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère du Procureur général du Manitoba.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Rendall Dick, Toronto.*

**Durham Regional Police Association** *Appellant*;

and

**Durham Regional Board of Commissioners of Police** *Respondent*;

and

**The Attorney General of Ontario** *Intervener.*

File No.: 16127.

1982: November 2; 1982: November 23.

Present: Laskin C.J. and Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Labour relations — Police — Collective agreement — Clause allowing indemnification for legal fees — "Working condition" under s. 29(2) of The Police Act — Section 24(6) granting municipalities a discretion to pay legal expenses — Whether or not clause excluded from collective agreement by operation of s. 24(6) — The Police Act, R.S.O. 1970, c. 351, ss. 24(6), 29(2).*

Article 17.06, a collective agreement term providing for reimbursement of an officer's legal fees on his acquittal of a criminal or statutory offence flowing from his police duties, was submitted to arbitration pursuant to *The Police Act*. Section 29(2) of that Act supported the article's validity as a "working condition" subject to inclusion in an agreement. Section 24(6), however, granted municipal councils a discretion to pay or not to pay the damages or costs of a member of its police force incurred in any civil or criminal proceeding. The Ontario Court of Appeal upheld the Divisional Court's judgment quashing article 17.06. The central issue here was whether s. 24(6), couched as it was in permissive terms, excludes article 17.06 from the collective agreement.

*Held*: The appeal should be allowed.

The unfettered discretion found in s. 24(6)—an empowering provision—does not preclude the establishment of a collective bargaining regime. The supersession of s. 24(6) by a subsequent provision for collective bargaining still left s. 24(6) operative in respect of

**Durham Regional Police Association** *Appelante*;

et

**Durham Regional Board of Commissioners of Police** *Intimée*;

et

**Le procureur général de l'Ontario** *Intervenant.*

N° du greffe: 16127.

1982: 2 novembre; 1982: 23 novembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Relations de travail — Police — Convention collective — Disposition qui accorde le droit au remboursement des frais légaux — «Condition de travail» au sens de l'art. 29(2) de The Police Act — L'article 24(6) accorde aux municipalités le pouvoir discrétionnaire de payer les frais légaux — La disposition est-elle exclue de la convention collective en raison de l'application de l'art. 24(6)? — The Police Act, R.S.O. 1970, chap. 351, art. 24(6), 29(2).*

L'article 17.06 d'une convention collective, qui prévoit le remboursement des frais légaux que subit un policier lorsqu'il est acquitté d'une infraction criminelle ou d'une infraction à une loi commise dans l'exercice de ses fonctions, a été soumis à l'arbitrage conformément à *The Police Act*. Le paragraphe 29(2) de cette loi appuie la validité de cet article qui serait une «condition de travail» lorsqu'il figure dans une convention. Cependant, le par. 24(6) accorde au conseil municipal un pouvoir discrétionnaire quant au paiement des dommages-intérêts ou des frais que subit un membre de son corps policier à l'occasion d'une poursuite civile ou criminelle. La Cour d'appel de l'Ontario a maintenu la décision de la Cour divisionnaire d'annuler l'article 17.06. La question principale en l'espèce est de savoir si le par. 24(6), qui est rédigé en termes facultatifs, exclut l'article 17.06 de la convention collective.

*Arrêt*: Le pourvoi est accueilli.

Le pouvoir discrétionnaire absolu prévu au par. 24(6), qui est une disposition habilitante, n'interdit pas l'établissement d'un régime de négociation collective. Le remplacement du par. 24(6) par une disposition adoptée ultérieurement relativement à la négociation collective

members of the police force not under a collective bargaining relationship. Here, there was no incompatibility or inconsistency between s. 24(6) and s. 29(2).

*International Brotherhood of Electrical Workers v. Town of Summerside*, [1960] S.C.R. 591, considered; *Dennis v. Metropolitan Board of Commissioners of Police* (1976), 12 O.R. (2d) 439; *Re Board of Education for the Borough of Etobicoke and Canadian Union of Public Employees*, [1973] 1 O.R. 437, referred to.

APPEAL from a judgement of the Ontario Court of Appeal dismissing an appeal from a judgment of the Divisional Court quashing an arbitration finding a term of a collective agreement validly part of that agreement. Appeal allowed.

*Ian Scott, Q.C.* and *A. G. Bolotenko*, for the appellant.

*D. J. D. Sims, Q.C.*, for the respondent.

*Michael W. Bader*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—*The Police Act*, R.S.O. 1970, c. 351, provides for the arbitration of terms of a collective agreement which the parties are unable to resolve between themselves. In the present case, an arbitrator prescribed article 17.06 as one of the terms of an agreement between Durham Regional Police Association and Durham Regional Board of Commissioners of Police. That article reads as follows:

> 17.06 Where a member of the Force is charged with a criminal or statutory offence flowing from his police duties and is subsequently acquitted of such charges, the member shall be reimbursed for any reasonable legal expenses incurred as a result of such charges.

It was common ground in the courts below that s. 29(2) of *The Police Act* would, if taken alone, support the validity of article 17.06 as being a "working condition" under that section. The question in this appeal is whether the article is forbidden n'empêche pas l'application du par. 24(6) à l'égard des membres du corps policier qui ne participent pas à la négociation collective. En l'espèce, il n'y a ni incompatibilité, ni contradiction entre le par. 24(6) et le par. 29(2).

Jurisprudence: arrêt examiné: *International Brotherhood of Electrical Workers c. Town of Summerside*, [1960] R.C.S. 591; arrêts mentionnés: *Dennis v. Metropolitan Board of Commissioners of Police* (1976), 12 O.R. (2d) 439; *Re Board of Education for the Borough of Etobicoke and Canadian Union of Public Employees*, [1973] 1 O.R. 437.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté l'appel d'un jugement de la Cour divisionnaire qui avait annulé une sentence arbitrale reconnaissant la validité d'une disposition d'une convention collective. Pourvoi accueilli.

*Ian Scott, c.r.*, et *A. G. Bolotenko*, pour l'appelante.

*D. J. D. Sims, c.r.*, pour l'intimée.

*Michael W. Bader*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—*The Police Act*, R.S.O. 1970, chap. 351, (la «Loi») prévoit l'arbitrage des clauses d'une convention collective sur lesquelles les parties ne peuvent s'entendre. En l'espèce, un arbitre a prescrit l'insertion de l'article 17.06 pour en faire une des clauses d'une convention entre Durham Regional Police Association et Durham Regional Board of Commissioners of Police. Cet article se lit:

[TRADUCTION]

> 17.06 Lorsqu'un membre du corps policier est accusé d'une infraction criminelle ou d'une infraction à une loi commise dans l'exercice de ses fonctions et qu'il est par la suite acquitté de cette accusation, ce membre a droit au remboursement de tous frais légaux raisonnables subis en raison de cette accusation.

Il a été reconnu dans les cours d'instance inférieure que le par. 29(2) de *The Police Act*, pris isolément, appuie la validité de l'article 17.06 qui serait une «condition de travail» en vertu de ce paragraphe. La question en l'espèce est de savoir si

den under s. 24(6) of the Act which has this formulation:

**24.** ...

(6) The council of a municipality may, in such cases and to such extent as it thinks fit, pay any damages or costs awarded against a member of the police force maintained by them or any special constable in any civil or criminal proceeding brought against him, any costs incurred and not recovered by him in any such proceeding, and any sum required in connection with the settlement of any claim that has or might have given rise to such proceeding.

Section 29(2) of *The Police Act*, relied on by the arbitrator and by the appellant Police Association is in these words:

**29.** ...

(2) Where notice has been given under subsection 1, the council of the municipality, or, where there is a board, the board, shall meet with a bargaining committee of the members of the police force within fifteen days from the giving of the notice or within such further period as the parties agree upon and the parties shall bargain in good faith and make every reasonable effort to come to an agreement for the purpose of making an agreement in writing defining, determining and providing for remuneration, pensions, sick leave credit gratuities, grievance procedures or working conditions of the members of the police force, other than the chief of police and any deputy chief of police, except such working conditions as are governed by a regulation made by the Lieutenant Governor in Council under this Act.

The Ontario Divisional Court quashed article 17.06 on the ground that it was beyond the power of the arbitrator to introduce into the collective agreement a provision which would interfere with the statutory discretion in the Council of the Municipality and, hence of the Board of Commissioners of Police, and indeed would fetter that discretion by turning the determination of particular or individual cases into a governing policy. This conclusion was supported by a majority of the Ontario Court of Appeal, Zuber J.A. dissenting.

I am prepared to accept the respondent Board's submission that s. 24(6) is ample enough in its reference to "costs incurred" (and this was the view of Zuber J.A.) to embrace legal expenses

cet article est interdit par le par. 24(6) de la Loi qui se lit:

[TRADUCTION] **24.** ...

(6) Le conseil d'une municipalité peut, lorsqu'il l'estime approprié, payer les dommages-intérêts ou les frais qu'un membre du corps policier de la municipalité ou un agent spécial est condamné à payer dans une poursuite civile ou criminelle intentée contre lui, les frais qu'il a subis dans cette poursuite et qu'il n'a pu recouvrer, et toute somme requise relativement au règlement d'une réclamation qui a ou qui aurait pu entraîner cette poursuite.

Le paragraphe 29(2) de *The Police Act* sur lequel s'appuient l'arbitre et l'association appelante se lit comme suit:

[TRADUCTION] **29.** ...

(2) Lorsqu'un avis a été donné en vertu du paragraphe (1), le conseil municipal ou la commission, le cas échéant, doit se réunir avec le comité de négociation des membres de la force policière dans les quinze jours de l'avis ou dans tout autre délai dont les parties conviennent; les parties doivent négocier de bonne foi et déployer tout effort raisonnable pour en arriver à un accord sur une convention écrite qui définit et fixe la rémunération, les retraites, les congés de maladie, la procédure de grief ou les conditions de travail des membres de la force policière autres que le chef de police et tout chef de police adjoint, à l'exception des conditions de travail régies par un règlement établi par le lieutenant-gouverneur en conseil sous le régime de la présente loi.

La Cour divisionnaire de l'Ontario a annulé l'article 17.06 pour le motif que l'arbitre n'avait pas le pouvoir d'introduire dans la convention collective une disposition susceptible de porter atteinte au pouvoir discrétionnaire que la Loi accorde au conseil de la municipalité et partant à la Board of Commissioners of Police (ci-après la «commission de police»), et d'entraver ce pouvoir discrétionnaire en transformant en une règle générale les décisions rendues à l'égard de cas particuliers ou individuels. La Cour d'appel de l'Ontario à la majorité a confirmé cette décision; le juge Zuber était dissident.

Je suis disposé à accepter l'argument de la commission intimée que la mention au par. 24(6) des «frais qu'il a subis» (et le juge Zuber est de cet avis), est suffisamment large pour comprendre les

within article 17.06. This does not, however, determine the issue against the validity of the article. The central question is whether s. 24(6), couched as it is in permissive terms, excludes a collective agreement clause of the kind specified in article 17.06. Section 24(6) may have some effect outside of bargained collective agreement provisions, whether the latter are arrived at by voluntary negotiation or reached under statutory arbitration, but it remains to decide whether it forbids the municipality or a representative Board of Police Commissioners to yield an individual discretion to a collective agreement policy.

Although counsel for the respondent Board took the position initially that the phrase "working conditions" in s. 29(2) was not broad enough to include the terms of article 17.06, it was not a position pressed by him nor endorsed by counsel for the Attorney General of Ontario who supported the Board. Essentially, counsel for the Board and counsel for the Attorney General of Ontario relied on s. 24(6) as precluding resort to s. 29(2) and the words "working conditions" therein to justify article 17.06.

There was some canvass of the history of the legislation preceding the present *Police Act* and it is sufficient to note that as of 1946 there was a statutory provision in the terms of s. 24(6) which antedated any provision for bargaining between a municipality or Board and a police association. The introduction of a bargaining regime of a limited character from 1949 on obviously qualified the previous unfettered right in law for a municipality or Board to fix terms of employment of police officers. Bargaining was not made wide open with the provision made for recognition of police associations. As counsel for the Association here emphasized, there was no right to strike, as there is in ordinary trade union employer collective bargaining, there was no right to mount economic pressure, there were particular constraints on the scope of bargaining included in *The Police Act*, and it was provided that a bargaining impasse was to be resolved by arbitration to fix the terms of the matters in issue in the bargaining process. A par-

frais légaux que mentionne l'article 17.06. Cependant, cela ne résoud pas la question de la validité de l'article. La question principale est de savoir si le par. 24(6), qui est rédigé en termes facultatifs, exclut une disposition d'une convention collective du genre de celle de l'article 17.06. Le paragraphe 24(6) peut avoir un effet indépendamment des dispositions négociées d'une convention collective, que ces dernières soient conclues par négociation volontaire ou imposées par l'arbitrage obligatoire, mais il reste à décider s'il empêche la municipalité, ou une commission de police qui la représente, de céder un pouvoir discrétionnaire qu'elle détient au profit d'une règle de convention collective.

Bien qu'à l'origine l'avocat de la commission intimée ait adopté la position que l'expression «conditions de travail» au par. 29(2) n'était pas assez large pour comprendre les termes de l'article 17.06, il n'a pas insisté sur cet argument, et l'avocat du procureur général de l'Ontario qui a appuyé la commission ne l'a pas endossé. Essentiellement, l'avocat de la commission et celui du procureur général de l'Ontario ont fait valoir que le par. 24(6) empêche le recours au par. 29(2) et à l'expression «conditions de travail» qu'il renferme pour justifier l'article 17.06.

L'historique des lois qui ont précédé *The Police Act* actuelle a été examiné, et il suffit de remarquer que depuis 1946, la Loi contient une disposition analogue au par. 24(6) qui a précédé toute disposition relative à la négociation entre une municipalité ou une commission et une association de policiers. L'introduction d'un régime limité de négociation à compter de 1949 a restreint de façon évidente le droit jusque-là absolu d'une municipalité ou d'une commission de déterminer les conditions d'emploi des policiers. La reconnaissance des associations de policiers n'accordait pas un droit illimité de négociation. Comme l'a souligné ici l'avocat de l'association, il n'y a pas le droit de grève, comme c'est habituellement le cas dans la négociation collective entre un employeur et un syndicat, il n'y a pas le droit de recourir à des moyens de pression de nature économique, *The Police Act* restreint de façon précise le champ des négociations, et pour sortir d'une impasse dans les négociations, il faut recourir à l'arbitrage pour

ticular constraint relevant here is set out in s. 29(2) itself which excludes from the scope of "working conditions" those governed by a Regulation of the Lieutenant Governor in Council. There is a regulation, Regulation 790, which does not touch what has been prescribed in article 17.06. It is of interest to note that in the material placed before this Court, there was a reference to seven collective agreements governing police associations and municipalities or Boards which include terms of the character of article 17.06. The Lieutenant Governor in Council must be taken to be aware of these agreements and had the power to exclude article 17.06 or like articles from being open to bargaining.

Counsel for the respondent Board is, of course, correct that in the absence of statutory authority for indemnification of legal expenses incurred by members of the police force, a municipality or a Board would not have power to provide it. He would, however, advance from this position to contend that the statutory provision for indemnification kept the matter one for the sole discretion of the municipality; and this was the contention as well of counsel for the Attorney General. I find it a long leap forward to hold that permissive power to indemnify must be construed to exclude bargaining on the issue under s. 29(2). It was conceded that policemen incur risks of legal expenses no less than risks of physical injury in carrying out their duties, and the proposal set out in the proposed article 17.06 is hardly startling. Although it was open to the Board to recede from a position previously taken, by reason of counsel's subsequent advice, there is the fact that it agreed to article 17.06 by the Police Association agreeing to introduce the word "reasonable".

We are then left with the question, which I posed at the beginning of these reasons, whether s. 24(6) and s. 29(2) are incompatible or inconsistent so far as article 17.06 is concerned. The issue is not a new one in police bargaining, and I see no point in examining either *Dennis v. Metropolitan Board of Commissioners of Police* (1976), 12

établir les termes des questions en litige. Le paragraphe 29(2) lui-même énonce une contrainte précise pertinente en l'espèce qui exclut du domaine des «conditions de travail» celles qui sont régies par un règlement du lieutenant gouverneur en conseil. Il existe un règlement, le Règlement 790, qui ne touche pas ce que prescrit l'article 17.06. Il importe de souligner que parmi les documents soumis à cette Cour, on mentionne sept conventions collectives applicables à des associations de policiers et à des municipalités ou à des commissions et qui comportent des clauses semblables à celle de l'article 17.06. Il faut présumer que le lieutenant gouverneur est au courant de ces clauses et qu'il a le pouvoir d'exclure de la négociation l'article 17.06 ou les articles semblables.

L'avocat de la commission intimée a évidemment raison de dire que si la loi n'accordait pas le pouvoir de rembourser les frais légaux que subissent les membres du corps policier, la municipalité ou la commission n'aurait pas le pouvoir de le faire. Partant de cette prémisse, il fait cependant valoir que la disposition législative de remboursement réserve cette faculté au seul pouvoir discrétionnaire de la municipalité et le substitut du procureur général adopte cet argument. J'estime qu'on fait un grand saut en concluant que le pouvoir facultatif d'indemniser doit être interprété de façon à exclure la négociation sur cette question en vertu du par. 29(2). Il est admis que dans l'exécution de leurs fonctions, les policiers assument aussi bien le risque de subir des frais légaux que celui de subir des blessures physiques, et la condition que prévoit le projet d'article 17.06 est loin d'étonner. Bien que la commission ait pu reculer sur une position déjà adoptée en raison des conseils subséquents de son avocat, le fait demeure qu'elle a accepté l'article 17.06 lorsque l'association des policiers a accepté d'y insérer le terme «raisonnables».

Il nous reste alors à répondre à la question que j'ai posée au début des présents motifs, savoir si les par. 24(6) et 29(2) sont incompatibles ou contradictoires en ce qui concerne l'article 17.06. La question n'est pas nouvelle dans les négociations concernant des policiers, et je ne vois pas la nécessité d'examiner l'arrêt *Dennis v. Metropolitan*

O.R. (2d) 439, upon which Zuber J.A. and the appellant relied or *Re Board of Education for the Borough of Etobicoke and Canadian Union of Public Employees*, [1973] 1 O.R. 437, upon which the respondent Board relied.

Fastening on s. 24(6) and s. 29(2), I am of the opinion that the unfettered discretion reposed in s. 24(6) does not prescribe exclusivity that would preclude establishment of a collective bargaining regime. Section 24(6) is an empowering provision only and its suggested exclusivity is not found in its provisions. The supersession of s. 24(6) by a post-enacted provision for collective bargaining still leaves s. 24(6) operative in respect of members of the police force who are not under a collective bargaining relationship with the Board of Commissioners of Police. In the circumstances, there is no incompatibility or inconsistency in this case between s. 24(6) and s. 29(2); each has its own area of operation. The latter may itself be superseded by the Lieutenant Governor in Council if it chooses to act under a Regulation; it has not chosen to do so in this case.

Although not precisely in point, there is analogy in the judgment of this Court in *International Brotherhood of Electrical Workers v. Town of Summerside*, [1960] S.C.R. 591. The issue there was whether the respondent municipality was obliged to bargain collectively with the appellant union on behalf of the employees under the Prince Edward Island *Trade Union Act*, R.S.P.E.I. 1951, c. 164, or whether the municipality's *Summerside Incorporation Act*, 1903 (P.E.I.) c. 18, absolved it of any legal duty to bargain collectively. The municipality relied on the allegedly special provisions of by-law 326 of the act of incorporation which provided the following:

> The salaries of Town Officials, Firemen and all other Employees of the Town shall be such as the Town Council may from time to time determine and fix by resolution, and they shall remain in office during the pleasure of the Council, and should any vacancies occur, the Council may appoint others to take their place at any meeting of the Council.

*Board of Commissioners of Police* (1976), 12 O.R. (2d) 439, sur lequel s'appuient le juge Zuber et l'appelante, ou l'arrêt *Re Board of Education for the Borough of Etobicoke and Canadian Union of Public Employees*, [1973] 1 O.R. 437, sur lequel s'appuie la commission intimée.

M'attachant aux par. 24(6) et 29(2), je suis d'avis que le pouvoir discrétionnaire absolu prévu au par. 24(6) n'exige pas l'exclusivité qui interdirait l'établissement d'un régime de négociation collective. Le paragraphe 24(6) est une simple disposition habilitante et l'exclusivité qu'on veut y voir ne s'y trouve pas. Le remplacement du par. 24(6) par une disposition adoptée ultérieurement relativement à la négociation collective n'empêche pas qu'il s'applique aux membres du corps policier qui ne participent pas à la négociation collective avec la commission de police. Dans les circonstances, il n'y a pas incompatibilité ou contradiction en l'espèce entre les par. 24(6) et 29(2); chacun a son propre champ d'application. Le paragraphe 29(2) lui-même peut être remplacé par le lieutenant gouverneur en conseil s'il choisit d'agir en vertu d'un règlement; il n'a pas choisi de le faire en l'espèce.

Même si l'arrêt de cette Cour *International Brotherhood of Electrical Workers c. Town of Summerside*, [1960] R.C.S. 591 n'est pas directement applicable, on peut faire une analogie avec le présent cas. Dans cette affaire, la question était de savoir si la municipalité intimée était tenue de négocier collectivement avec le syndicat appelant au nom des employés en vertu de la *Trade Union Act* de l'Île-du-Prince-Édouard, R.S.P.E.I. 1951, chap. 164, ou si sa loi constitutive la *Summerside Incorporation Act*, 1903 (P.E.I.), chap. 18, la libérait de toute obligation juridique de négocier collectivement. La municipalité a invoqué les dispositions supposément particulières du règlement 326 de la loi constitutive qui se lisait:

> [TRADUCTION] Les salaires des fonctionnaires de la ville, des pompiers et de tous les autres employés de la ville sont ceux que le conseil établit et fixe à l'occasion par résolution; ils exercent leurs fonctions à titre amovible et, en cas de vacance, le conseil peut, à l'une de ses réunions, nommer d'autres personnes pour combler les postes vacants.

The Prince Edward Island Supreme Court *in banco* was of the view that the special Act prevailed over the general *Trade Union Act* because otherwise the latter would trespass on the powers said to be reserved to the municipality under by-law 326. Ritchie J., speaking for this Court, held that there was no repugnancy between the two Acts in issue before him, and it was his conclusion that there was nothing in the act of incorporation which precluded the municipality from making such by-laws as might be deemed proper to comply with the terms of an agreement regulating the conditions of employment of its employees, there being no statutory restriction in this respect.

For the reasons given above, as well as for those delivered by Zuber J.A., I would allow the appeal, set aside the judgments below and reinstate the award of the arbitrator. The appellant is entitled to costs throughout. There will be no costs to or against the Attorney General of Ontario.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Cameron, Brewin & Scott, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Sims, Morton, McInerney & Brady, Whitby.*

*Solicitor for the intervener: H. Allan Teal, Toronto.*

La Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard *in banco* a exprimé l'avis que la loi spéciale l'emportait sur la loi d'application générale qu'est *la Trade Union Act* parce qu'autrement cette dernière loi empiéterait sur les pouvoirs qui seraient réservés à la municipalité en vertu du règlement 326. Le juge Ritchie, qui a rendu l'arrêt de cette Cour, a dit qu'il n'y avait pas incompatibilité entre les deux lois en question et il a conclu que rien dans la loi constitutive n'interdisait à la municipalité d'établir les règlements qu'elle estimait appropriés pour se conformer aux conditions d'une convention qui régit les conditions d'emploi de ses employés, puisque la loi ne prévoyait aucune restriction à cet égard.

Pour ces motifs et pour ceux qu'a exposés le juge Zuber, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer les jugements des cours d'instance inférieure et de rétablir la sentence de l'arbitre. L'appelante a droit aux dépens dans toutes les cours. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens pour ou contre le procureur général de l'Ontario.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Cameron, Brewin & Scott, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée: Sims, Morton, McInerney & Brady, Whitby.*

*Procureur de l'intervenant: H. Allan Teal, Toronto.*

**Donald Beson & Patricia Beson** *Appellants*;

and

**The Director of Child Welfare for the Province of Newfoundland** *Respondent*;

and

**Norma Kathleen Jones and Ernest Joseph Jones** *Interveners*;

and

**Christopher, an infant by his counsel David C. Day** *Mis en cause.*

File No.: 17154.

1982: October 21; 1982: November 23.

Present: Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

*Adoption — Respondent removing child from prospective adoptive home within six-month probationary period — Adoption Appeal Board refusing to hear appeal of adoptive parents — Whether habeas corpus available — Whether The Adoption of Children Act, 1972 is a complete code re adoption and therefore limits parens patriae jurisdiction of superior courts — Judicial review of Director's order — Failure to treat fairly — The Adoption of Children Act, 1972, 1972 (Nfld.), c. 36, ss. 11, 11A, 11B — The Child Welfare Act, 1972, 1972 (Nfld.), c. 37, s. 47.*

This case arose as a result of the action of the Director of Child Welfare for Newfoundland in removing a child from an adoptive home seven days before the expiration of the probationary residence period of six months required for an adoption. He also refused to refer the matter to the Adoption Appeal Board. The appellants commenced *habeas corpus* proceedings in the Supreme Court of Newfoundland. Noel J. held that the Director had a discretion under *The Adoption of Children Act, 1972* and that he should not substitute his views for those of the Director. An appeal to the Court of Appeal was dismissed on the ground that *The Adoption of Children Act, 1972* is a complete code and that *habeas corpus* does not lie. The Court also held that the *parens patriae* jurisdiction of the Court could be resorted to only where the legislation afforded no remedy. In

**Donald Beson et Patricia Beson** *Appelants*;

et

**The Director of Child Welfare for the Province of Newfoundland** *Intimé*;

et

**Norma Kathleen Jones and Ernest Joseph Jones** *Intervenants*;

et

**Christopher, enfant mineur représenté par son procureur Me David C. Day** *Mis en cause.*

No du greffe: 17154.

1982: 21 octobre; 1982: 23 novembre.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

*Adoption — Retrait de l'enfant par l'intimé du foyer de ses futurs parents adoptifs pendant la période de probation de six mois — Refus de l'Adoption Appeal Board d'entendre l'appel des parents adoptifs — Y a-t-il lieu à habeas corpus? — The Adoption of Children Act, 1972, constitue-t-elle un code complet quant à l'adoption qui, par conséquent, restreindrait la compétence parens patriae des cours supérieures? — Examen judiciaire de l'ordonnance du directeur — Injustice — The Adoption of Children Act, 1972, 1972 (Nfld.), chap. 36, art. 11, 11A et 11B — The Child Welfare Act, 1972, 1972 (Nfld.), chap. 37, art. 47.*

L'affaire découle de ce que le Director of Child Welfare of Newfoundland (le directeur) a retiré un enfant de son foyer adoptif sept jours avant l'expiration de la période de six mois de résidence probatoire nécessaire à l'adoption. Il a également refusé de soumettre le cas à l'Adoption Appeal Board. Les appelants ont entrepris des procédures d'*habeas corpus* en Cour suprême de Terre-Neuve. Le juge Noel a statué qu'en vertu de *The Adoption of Children Act, 1972*, le directeur possède un pouvoir discrétionnaire et que lui, le juge, ne devait pas substituer son avis à celui du directeur. L'appel interjeté à la Cour d'appel a été rejeté parce que *The Adoption of Children Act, 1972* constitue un code complet et qu'il n'y a pas lieu à *habeas corpus*. La Cour a aussi statué qu'on ne peut appliquer la compétence *parens patriae* de la cour que si la Loi n'offre pas d'autre recours. En

this case a remedy did exist by way of *mandamus* to compel the Adoption Appeal Board to hear the appeal.

*Held*: The appeal is allowed and an order is made under s. 12 of *The Adoption of Children Act, 1972*, for the adoption of Christopher by the appellants.

The Court of Appeal was in error in holding that *mandamus* would lie against the Board since no appeal lay under s. 11B of *The Adoption of Children Act, 1972* in a case where the child was removed from the adoptive home during the probationary period. Section 11B must be read in light of Sections 11 and 11A. There is accordingly a gap in the legislation which the Newfoundland courts could have filled by an exercise of the *parens patriae* jurisdiction. Further the Director's failure to treat the appellants fairly provided a basis for judicial review and the courts were in error in treating the application as one in which they were being asked to substitute their discretion for that of the Director.

*A. v. Liverpool City Council and another*, [1981] 2 All E.R. 385; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311 referred to.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Newfoundland, Appeal Division, delivered on March 22, 1982, dismissing an appeal from a judgment of the Supreme Court of Newfoundland, Trial Division. Appeal dismissed.

*Jean V. Dawe*, for the appellants.

*John C. McCarthy*, for the respondent.

*H. Stephen Roy*, for the interveners.

*David C. Day, Q.C.*, for the mis en cause.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The issue on this appeal is not one which normally confronts us. It arises out of a rather sad saga which discloses how one small boy can be caught in a legislative and administrative net and have to come to the highest court in the land to extricate himself. The chronological history of the matter is a procedural nightmare.

The child Christopher was born on May 21, 1977 and immediately following his birth became

l'espèce, il existe un autre recours par voie de *mandamus* visant à obliger l'Adoption Appeal Board à entendre l'appel.

*Arrêt*: Le pourvoi est accueilli et il y a, en vertu de l'art. 12 de *The Adoption of Children Act, 1972*, ordonnance d'adoption de Christopher par les appelants.

La Cour d'appel a commis une erreur en statuant qu'il y avait lieu à *mandamus* contre le Comité d'appel puisqu'il n'existe pas de droit d'appel en vertu de l'art. 11B de *The Adoption of Children Act, 1972* lorsque l'enfant a été retiré de son foyer adoptif pendant la période de probation. Il faut lire l'art. 11B à la lumière des art. 11 et 11A. En conséquence, il y a une faille dans la Loi que les cours de Terre-Neuve auraient pu combler en exerçant leur compétence *parens patriae*. De plus, le fait que le directeur ait traité les appelants injustement constituait un motif d'examen judiciaire et les cours ont eu tort de disposer de la demande comme si on leur demandait de substituer leur pouvoir discrétionnaire à celui du directeur.

Jurisprudence: *A. v. Liverpool City Council and another*, [1981] 2 All E.R. 385; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311.

POURVOI contre un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de Terre-Neuve, rendu le 22 mars 1982, qui a rejeté un appel d'une décision de la Division de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve. Pourvoi accueilli.

*Jean V. Dawe*, pour les appelants.

*John C. McCarthy*, pour l'intimé.

*H. Stephen Roy*, pour les intervenants.

*David C. Day, c.r.*, pour le mis en cause.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—La question soulevée par le présent pourvoi n'est pas de celles qui nous sont ordinairement soumises. Elle découle d'une histoire plutôt triste qui démontre comment un garçonnet peut se retrouver dans un imbroglio législatif et administratif et devoir s'adresser à la plus haute cour du pays pour s'en sortir. La chronologie des événements tient du cauchemar procédural.

L'enfant, Christopher, qui est né le 21 mai 1977, est devenu dès sa naissance pupille du Director of

a ward of the Director of Child Welfare in Newfoundland. In January 1979 the appellants, Mr. and Mrs. Beson, applied to adopt a child and in July 1980 Christopher was placed by the Director in their custody with a view to adoption. A social worker was assigned to monitor the adoption in the normal manner and his reports, made to the Director on August 21, 1980 and October 23, 1980, were very favourable. However, on January 8, 1981 Mrs. Beson was advised that allegations of child abuse by her husband had come to the attention of the Director. Mrs. Beson, naturally greatly upset at this, denied any such abuse as did also her husband. Mr. Beson was asked to return the child which he did under protest on January 9, 1981. Neither Mr. nor Mrs. Beson were able to elicit from the Director or his staff the source of the allegations. Nor were they given any opportunity to respond. In seven days following the removal of Christopher from the Beson home the six-month period of residence required for an adoption would have been completed. Christopher was returned to the foster home in which he had resided prior to his placement with the Besons.

Immediately after the return of Christopher the Besons advised the Director that they wished to appeal his decision to the Adoption Appeal Board. He told them that in his opinion there was no right of appeal in a case where a child was removed from a prospective adoptive home prior to the expiry of the six-month period. The Besons filed an appeal nonetheless but the Appeal Board apparently shared the view of the Director and refused to entertain the appeal. The Besons thereupon commenced *habeas corpus* proceedings in the Supreme Court of Newfoundland to try to get the child back. At the hearing of this application on May 28, 1981 the allegations of abuse against Mr. Beson were fully canvassed and Noel J. held that they were unfounded. However, he dismissed the *habeas corpus* application on the basis that the Director had a discretion under *The Adoption of Children Act, 1972*, 1972 (Nfld.), c. 36, as amended, and that he should not substitute his views for the views of the Director. He did, however, state that: "it would be in this child's interest for the Director to sit down with the Besons and come to an agreement, subject to supervision, to give this

Child Welfare de Terre-Neuve (ci-après appelé le directeur). En janvier 1979, les appelants, M. et M^me^ Beson, ont demandé à adopter un enfant et, en juillet 1980, le directeur leur confiait Christopher en vue de l'adoption. Selon la procédure normale, ce cas d'adoption a été confié à un travailleur social qui a remis au directeur, le 21 août 1980 et le 23 octobre 1980, des rapports très favorables. Par contre, le 8 janvier 1981, on a informé M^me^ Beson de plaintes faites au directeur selon lesquelles son mari maltraitait l'enfant. M^me^ Beson, naturellement bouleversée par ces allégations, a nié tout mauvais traitement et son mari a aussi nié. On a demandé à M. Beson de rendre l'enfant, ce qu'il a fait sous réserve le 9 janvier 1981. Ni M. Beson, ni M^me^ Beson n'ont pu savoir du directeur ou de ses employés d'où provenaient les plaintes. Ils n'ont pas eu non plus la possibilité de s'expliquer. La période de six mois requise pour l'adoption se serait terminée sept jours après le retrait de Christopher du foyer des Beson. Christopher a été renvoyé au foyer nourricier où il avait été placé avant d'être confié aux Beson.

Immédiatement après le retrait de Christopher, les Beson ont avisé le directeur qu'ils entendaient en appeler de sa décision à l'Adoption Appeal Board (ci-après le Comité d'appel). Le directeur leur a dit qu'à son avis il n'y avait pas de droit d'appel lorsqu'un enfant était retiré du foyer de des futurs parents adoptifs avant l'expiration du délai de six mois. Les Beson ont néanmoins interjeté appel, mais le Comité d'appel a apparemment partagé le point de vue du directeur et a refusé d'entendre l'appel. Les Beson ont alors entrepris des procédures d'*habeas corpus* en Cour suprême de Terre-Neuve pour obtenir que l'enfant leur soit remis. Lors de l'audition de cette demande, le 28 mai 1981, les allégations de mauvais traitements retenues contre M. Beson ont été examinées à fond et le juge Noel les a trouvées non fondées. Il a toutefois rejeté la demande d'*habeas corpus* pour le motif qu'en vertu de *The Adoption of Children Act, 1972*, 1972 (Nfld.), chap. 36, et modifications, le directeur jouit d'un pouvoir discrétionnaire et qu'en tant que juge, il ne devait pas substituer son avis à celui du directeur. Il a toutefois déclaré que [TRADUCTION] «il serait dans

boy a chance to have this fine home." The Director indicated to the Besons that he would not follow this advice and they thereupon appealed the decision of Noel J. to the Newfoundland Court of Appeal.

The Court of Appeal dismissed the appeal on the ground that *The Adoption of Children Act, 1972* is a complete code with respect to adoption and that *habeas corpus* does not lie. It held, moreover, that the *parens patriae* jurisdiction of the Court, which had been put forward in argument by counsel for the Besons, could be resorted to only where the legislation afforded no remedy. In the Court's view the legislation in this case did afford a remedy. The Director's decision was appealable to the Adoption Appeal Board and a *mandamus* would have lain to compel the Board to hear the appeal. Although the Besons had been treated unfairly by the Director and the manner in which he made his decision was "to say the least most unfortunate", there was nothing the Court could do.

The Besons applied for leave to appeal to this Court and, during the hearing of the application on June 22, 1982, the Court asked counsel for the Director where and with whom Christopher was currently residing. It was then disclosed that, unknown to the Besons, and indeed to the Newfoundland Court of Appeal at the time it heard the Besons' appeal on the *habeas corpus* application, Christopher had been in a new adoptive home since January, 1982. This information was subsequently corrected by counsel for the Director and the Court advised that Christopher had been placed with Mr. and Mrs. Jones for adoption in November, 1981.

The Court gave leave to appeal, granted the subsequent application of Mr. and Mrs. Jones to intervene in the appeal and appointed separate counsel to represent the child Christopher. All counsel agreed that there should be the fullest evidence before the Court on the hearing of the appeal so that the matter could be brought to a finality and that it would be appropriate to have it

l'intérêt de l'enfant que le directeur étudie le cas avec les Beson et s'entende avec eux, pour que, sauf à pourvoir à une surveillance, l'enfant ait l'occasion d'être placé dans ce foyer de choix». Le directeur a fait savoir aux Beson qu'il n'entendait pas suivre ce conseil et ceux-ci ont alors interjeté appel de la décision du juge Noel à la Cour d'appel de Terre-Neuve.

La Cour d'appel a rejeté l'appel pour le motif que *The Adoption of Children Act, 1972* constitue un code complet en matière d'adoption et qu'il n'y a pas de recours en *habeas corpus*. Elle a de plus statué que la compétence *parens patriae* de la Cour, que l'avocat des Beson avait invoquée dans sa plaidoirie, ne peut s'appliquer que lorsque la loi n'offre pas d'autre recours. De l'avis de la Cour, la loi offre un recours dans ce cas. La décision du directeur était susceptible d'appel au Comité d'appel et il aurait été possible de procéder par *mandamus* pour obliger le Comité à entendre l'appel. Bien que le directeur eût traité les Beson injustement et que la façon dont ce dernier avait rendu sa décision fût [TRADUCTION] «à tout le moins malheureuse», la Cour ne pouvait rien n'y faire.

Les Beson ont demandé l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour, et, pendant l'audition de la demande d'autorisation, le 22 juin 1982, la Cour a demandé à l'avocat du directeur où Christopher demeurait actuellement et avec qui. On a alors appris, ce qu'ignoraient les Beson et même la Cour d'appel de Terre-Neuve au moment où elle a entendu la requête des Beson en *habeas corpus*, que Christopher avait été confié à un nouveau foyer adoptif depuis janvier 1982. L'avocat du directeur a, par la suite, corrigé ces renseignements et avisé la Cour que Christopher avait été confié à M. et M^me^ Jones, pour adoption, en novembre 1981.

La Cour a accordé l'autorisation d'appeler, fait droit à la demande subséquente d'intervention de M. et M^me^ Jones et désigné un avocat distinct pour représenter le mineur Christopher. Tous les avocats ont été d'accord pour que la preuve la plus complète possible soit soumise à la Cour à l'audition du pourvoi afin d'apporter une solution définitive à l'affaire et que cette preuve soit recueillie

taken on commission in Newfoundland. It was agreed also that it was in the child's best interests that the appeal be heard as soon as possible. An order to expedite was accordingly made.

The appellants alleged a number of errors on the part of the Newfoundland Court of Appeal. Their first submission was that the "best interest of the child" doctrine, which has been statutorily enacted in *The Child Welfare Act, 1972*, 1972 (Nfld.), c. 37, s. 47, takes precedence over the provisions of *The Adoption of Children Act, 1972*. The Court of Appeal should not therefore have considered itself helpless to aid Christopher if it was persuaded that his best interests lay with the appellants. In particular, it was submitted that the *parens patriae* jurisdiction of the Court is the tool by which this overriding power of the Court may be exercised. It is, counsel argued, a "complete" jurisdiction and not one dependent, as the Court of Appeal found, upon the presence of "gaps" in the applicable legislation. Counsel, in making this submission, was responding to the following passage from the reasons of Gushue J.A.:

> The Legislature has enacted a code by which the adoption of children is to be governed. In addition to prescribing the procedure to be followed, the Act also protects the rights of all parties involved. That in no way interferes with or supplants the inherent and ancient 'parens patriae' jurisdiction of the Courts in relation to the welfare of children. That jurisdiction is at any rate of an equitable nature and should be exercised only where statutes and other laws do not provide a proper answer. To put it another way, it is an overriding power in the courts to fill in the gaps in the law in the best interests of a child.

In the alternative, counsel argued, if there has to be a gap in the legislation in order to permit the court to exercise its *parens patriae* jurisdiction, there is a gap if the Director and the Adoption Appeal Board are correct that no appeal lies to the Board from a decision of the Director made prior to the expiry of the six-month period. Counsel supported this interpretation of the legislation as against that of the Court of Appeal. The relevant sections read as follows:

> **11.** An adoption order shall not be made unless the Director certifies in writing

par voie de commission rogatoire à Terre-Neuve. Les avocats ont aussi convenu qu'il était dans l'intérêt de l'enfant que la cause soit entendue le plus tôt possible. Une ordonnance de procéder avec célérité a donc été rendue.

Les appelants ont invoqué un certain nombre d'erreurs que la Cour d'appel de Terre-Neuve aurait commises. Dans leur premier moyen, ils soutiennent que la doctrine de «l'intérêt de l'enfant» législativement consacrée par *The Child Welfare Act, 1972*, 1972 (Nfld.), chap. 37, art. 47, a préséance sur les dispositions de *The Adoption of Children Act, 1972*. La Cour d'appel n'aurait donc pas dû s'estimer impuissante à venir au secours de Christopher si elle était convaincue qu'il était dans l'intérêt de ce dernier d'être confié aux appelants. Ils ont soutenu en particulier que la compétence *parens patriae* de la Cour est l'instrument par lequel elle peut exercer ce pouvoir prépondérant. C'est, selon l'avocat, une compétence «complète» et non une compétence qui dépend, comme la Cour d'appel l'a conclu, de «failles» dans la loi applicable. Par cet argument, l'avocat conteste le passage qui suit des motifs du juge Gushue:

> [TRADUCTION] Le législateur a adopté un code qui doit régir l'adoption des enfants. En plus de prescrire la procédure à suivre, la Loi protège aussi les droits de toutes les parties en cause. Cela ne supprime ni ne remplace en rien l'ancienne compétence inhérente des cours, dite «*parens patriae*», à l'égard du bien-être des enfants. De toute façon, cette compétence relève de l'*equity* et il n'y a lieu de l'exercer que si les lois ou le droit n'offrent pas d'autre solution. Autrement dit, c'est un pouvoir prépondérant qu'ont les cours de combler les failles de la législation dans l'intérêt de l'enfant.

Comme argument subsidiaire, l'avocat soutient que s'il faut qu'il y ait des failles dans la Loi pour permettre à la Cour d'exercer sa compétence *parens patriae*, il y a une faille si le directeur et le Comité d'appel ont raison de dire qu'il n'y a pas de droit d'appel au Comité d'une décision du directeur rendue avant l'expiration du délai de six mois. L'avocat a fait valoir cette interprétation de la Loi à l'encontre de celle de la Cour d'appel. Les articles pertinents sont les suivants:

> [TRADUCTION] **11.** Aucune ordonnance d'adoption ne doit être rendue à moins que le directeur ne certifie par écrit

(a) that the child has lived with the applicant for at least six months immediately prior to the date of the application and that, during that period, the conduct of the applicant and the conditions under which the child has lived have been such as to justify the making of the order; or

(b) that the applicant is, to the knowledge of the Director, a fit and proper person to have the care and custody of the child and that for reasons set out in the certificate the period of residence may be dispensed with.

**11A.** Where the Director decides not to give

(a) the approval referred to in subsection (3) of Section 4;

(b) the consent referred to in subsection (1) of Section 8; or

(c) the certificate referred to in Section 11, he shall, as soon as reasonably may be after he has reached such decision, communicate, in writing, his decision to the person or applicant concerned, and such communication shall have attached thereto a copy of Section 11B.

**11B.** . . .

(2) Any person or applicant who feels aggrieved by a decision of the Director respecting any matter referred to in Section 11A may, subject to the regulations, including, without limiting the generality of the foregoing, any provisions of the regulations respecting the time limit for appeal and the procedure on appeal, appeal from such decision to the Appeal Board, and, subject to the regulations, the Appeal Board shall notify such person or applicant of the time the appeal shall be heard by it and shall, upon the conclusion of the hearing, confirm or set aside the decision of the Director and may give such directions not inconsistent with this Act or the regulations respecting the granting or refusal of the approval, consent or certificate concerned as the Appeal Board considers proper, and, subject to Section 11C, any finding or decision of the Appeal Board is final.

The view that no appeal lay to the Board in this case was based on the fact that the certificate contemplated in s. 11 could not issue until after the expiry of the six-month period because in it the Director had to either certify as to the completion of the residence period or dispense with it. Accordingly, while as a factual matter the Director might "decide" prior to the expiry of the six-month period "not to give the certificate referred to in s. 11" the juridical act which would give rise to a

a) que l'enfant a habité chez le demandeur pendant au moins les six mois qui ont précédé immédiatement le jour de la demande et que, pendant cette période, la conduite du demandeur et les conditions dans lesquelles l'enfant a vécu ont été de nature à permettre l'ordonnance; ou

b) qu'à la connaissance du directeur, le demandeur possède les qualités pour assumer la garde et le soin de l'enfant et que, pour les motifs énoncés dans le certificat, il n'y a pas lieu d'exiger la période de résidence.

**11A.** Lorsque le directeur décide de refuser

a) l'approbation mentionnée au paragraphe (3) de l'article 4;

b) le consentement mentionné au paragraphe (1) de l'article 8; ou

c) le certificat mentionné à l'article 11, il doit, le plus tôt possible après avoir pris cette décision la faire connaître par écrit à la personne ou au requérant visé en y joignant une copie de l'article 11B

**11B.** . . .

(2) Quiconque croit avoir lieu de se plaindre d'une décision du directeur à propos d'un objet mentionné à l'article 11A peut, sous réserve des règlements, notamment des règlements fixant les délais et la procédure d'appel, interjeter appel de la décision du directeur au Comité d'appel, et, conformément aux règlements, le Comité d'appel doit informer l'appelant du moment où il entendra l'appel et, après audition, confirmer ou infirmer la décision du directeur. Le Comité peut rendre toute ordonnance qu'il estime appropriée et qui n'est pas incompatible avec la présente loi ou les règlements quant à l'octroi ou au refus de l'approbation, du consentement ou du certificat visés. Sous réserve de l'article 11C, toute conclusion ou décision du Comité d'appel est définitive.

L'opinion qu'il ne peut y avoir d'appel au Comité dans le cas présent se fonde sur le fait que le certificat visé à l'art. 11 ne pouvait être délivré avant l'expiration du délai de six mois, parce que le directeur aurait dû soit y confirmer l'accomplissement de la période de résidence ou en faire grâce. Donc même si, de fait, le directeur pouvait «décider» avant l'expiration du délai de six mois «de refuser le certificat mentionné à l'art. 11», l'acte juridique qui pourrait faire naître le droit

right of appeal under s. 11A could only take place after the expiry of the period.

It seems to me that this interpretation of s. 11A is mandated by the contents of the certificate under s. 11 and that the Appeal Board was correct that no appeal lay. The Newfoundland Court of Appeal was accordingly in error when it said:

> The proper course of procedure for the appellants was to pursue their remedy under the appeal provisions of the Act. I realize that the Appeal Board declined jurisdiction in the matter because the adoption was terminated before the full six-month probationary term had expired, but in my view the Board had no right to do so. I have no doubt whatever that the appellants should have been given a hearing to at least argue the question of jurisdiction, and that Mandamus would lie against the Board's refusal to hear the appeal.

The question that arises is whether, as counsel for the appellants submits, this constitutes a gap in the legislation which would entitle the Court to assert its *parens patriae* jurisdiction in what it considered to be Christopher's best interests.

Counsel relies on the decision of the House of Lords in *A. v. Liverpool City Council and another*, [1981] 2 All E.R. 385, referred to in the judgment of the Newfoundland Court of Appeal. In that case the Liverpool City Council which had care and custody of an infant had placed him in a foster home with weekly access rights in favour of his mother. When the Council decided to reduce her access rights the mother commenced wardship proceedings to have her son made a ward of the court so that she could challenge Council's decision. The trial judge, without going into the merits, discharged the wardship proceedings on the basis that the court could not exercise its wardship jurisdiction to review the discretionary power of Council. The mother appealed directly to the House of Lords. Their Lordships held that, because Parliament had entrusted the power and duty to make decisions as to the welfare of children to Council without reserving any right of review on the merits to the court, the courts had no jurisdiction to review the exercise of Council's discretionary power except by way of judicial review and there was no basis for judicial review in the instant case.

d'appel conféré à l'art. 11A ne pouvait se produire qu'après l'expiration du terme.

Selon moi, cette interprétation de l'art. 11A découle nécessairement de la teneur du certificat aux termes de l'art. 11 et le Comité d'appel a eu raison de conclure qu'il n'y avait pas de droit d'appel. La Cour d'appel de Terre-Neuve a donc commis une erreur en disant:

> [TRADUCTION] La procédure pertinente que les appelants auraient dû suivre aurait été d'exercer le recours d'appel prévu dans la Loi. Je constate que le Comité d'appel a décliné sa compétence en l'espèce parce qu'on a mis fin au processus d'adoption avant l'expiration de la période complète d'épreuve de six mois, mais, à mon avis, le Comité ne pouvait pas le faire. Je n'ai absolument aucun doute qu'il aurait fallu entendre les appelants pour leur permettre au moins de débattre la question de compétence et qu'il y aurait eu lieu de contester, par *mandamus*, le refus du Comité d'entendre l'appel.

Il s'agit de savoir si, comme le prétend l'avocat des appelants, cela constitue une faille dans la Loi qui aurait pour effet de permettre à la Cour d'exercer sa compétence *parens patriae* dans ce qu'elle estime être l'intérêt de Christopher.

L'avocat invoque l'arrêt de la Chambre des lords *A. v. Liverpool City Council and another*, [1981] 2 All E.R. 385, cité dans l'arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve. Dans cette affaire-là, le Conseil municipal de Liverpool, qui avait la garde d'un enfant mineur, l'avait placé en foyer nourricier et avait accordé à sa mère un droit de visite hebdomadaire. Quand le Conseil a décidé de réduire le droit de visite de la mère, celle-ci a commencé les procédures de tutelle pour obtenir que son fils soit déclaré pupille de la Cour et pour lui permettre de contester la décision du Conseil. Le juge de première instance, sans entendre l'action au fond, a rejeté la procédure de tutelle parce que la cour ne pouvait exercer sa compétence en matière de tutelle pour examiner l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Conseil. La mère a interjeté appel directement à la Chambre des lords. Leurs Seigneuries ont conclu que, puisque le Parlement avait attribué au Conseil le pouvoir et l'obligation de prendre les décisions relatives au bien-être des enfants sans réserver à la cour de droit d'examiner au fond, les cours n'étaient pas compétentes pour examiner l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Conseil, sauf par voie d'examen judiciaire, recours qui n'était aucunement fondé en l'espèce.

It is of interest to note that the main submission made by the mother in *Liverpool* was that, the welfare of the child being the paramount consideration, the High Court had an overriding power and duty to apply this fundamental principle and that this jurisdiction could not be ousted by the legislature. Lord Wilberforce rejected the concept that the court could substitute its discretion for the discretion reposed in Council by the legislature. He stated at p. 388:

To the argument, therefore, that the High Court has a special and overriding jurisdiction because only there can the welfare of the child be assigned its proper place, the answer is clear: that there is no other principle on which any court or administrative body can (with the exception of public protection cases, and even there considerations must be mixed) act than that which is best for the child's welfare. It must, however, be borne in mind that, whereas the duties and powers of local authorities and of juvenile courts are defined and limited by statute, there is no similar limitation on those of the High Court.

This leads to the next and decisive question: given that both the High Court and the local authority have responsibilities for the welfare of the child, what is the relationship, or dividing line, between them? I think that there is no doubt that the appellant, the child's mother, is arguing for a general reviewing power in the court over the local authority's discretionary decision; she is, in reality, asking the court to review the respondents' decision as to access and to substitute its own opinion on that matter. Access itself is undoubtedly a matter within the discretionary power of the local authority.

In my opinion the court has no such reviewing power. Parliament has by statute entrusted to the local authority the power and duty to make decisions as to the welfare of children without any reservation of reviewing power to the court.

The learned Law Lord then went on to deal with the relief that was available from the court in exercise of its *parens patriae* jurisdiction and gave as an example judicial review should the facts of the case warrant it. In the *Liverpool* case they did not. He stressed that the inherent jurisdiction is not taken away. It simply cannot be resorted to if the action the court is being asked to take is within

Il est intéressant de souligner que le moyen principal invoqué par la mère dans l'affaire *Liverpool* porte que, puisque le bien-être de l'enfant est le critère primordial, la Haute Cour possède le pouvoir et l'obligation prépondérants d'appliquer ce principe fondamental et le législateur ne peut lui enlever cette compétence. Lord Wilberforce a rejeté l'idée que la cour peut substituer son propre pouvoir discrétionnaire à celui que le législateur a attribué au Conseil. Il dit à la p. 388:

[TRADUCTION] Donc, quant à l'argument suivant lequel la Haute Cour a une compétence spéciale et prépondérante parce qu'elle est le seul endroit où le bien-être de l'enfant puisse y être considéré à sa juste mesure, la réponse est claire: il n'y a aucun autre principe sur lequel une cour ou un organisme administratif puisse se fonder (à l'exception des affaires intéressant la protection du public, et même alors il faut tenir compte de plusieurs facteurs) si ce n'est le principe de ce qui est préférable pour le bien-être de l'enfant. Il faut toutefois se rappeler que, tandis que les pouvoirs et les obligations des autorités locales et des tribunaux de la jeunesse sont définis et limités par les lois, ceux de la Haute Cour ne sont pas assujettis à une telle limitation.

Cela nous amène à la question suivante qui est déterminante: puisqu'à la fois la Haute Cour et les autorités locales ont des obligations quant au bien-être de l'enfant, quels rapports ont-ils entre eux ou comment se les partagent-ils? Je ne doute pas que l'appelante, la mère de l'enfant, soutienne que la cour possède un pouvoir général d'examen de la décision discrétionnaire des autorités locales; en réalité elle demande à la cour d'examiner la décision de l'intimé quant au droit de visite et d'y substituer son opinion sur la question. Les droits de visite sont indubitablement par eux-mêmes une question qui relève du pouvoir discrétionnaire des autorités locales.

A mon avis, la cour ne possède pas ce pouvoir d'examiner. Le législateur a confié législativement aux autorités locales le pouvoir et l'obligation de rendre des décisions quant au bien-être des enfants sans aucune réserve quant au pouvoir d'examiner de la Cour.

Le savant lord juge aborde ensuite le redressement que la cour peut offrir dans l'exercice de sa compétence *parens patriae* et mentionne, à titre d'exemple, l'examen judiciaire si les faits de l'espèce le permettent. Dans l'affaire *Liverpool*, les faits ne le permettaient pas. Il souligne que la compétence inhérente des cours n'a pas été supprimée. On ne peut simplement pas l'invoquer si la mesure qu'on

the discretion of the local authority. He continued at pp. 388-89:

> But in some instances there may be an area of concern to which the powers of the local authority, limited as they are by statute, do not extend. Sometimes the local authority itself may invite the supplementary assistance of the court. Then the wardship may be continued with a view to action by the court. The court's general inherent power is always available to fill gaps or to supplement the powers of the local authority; what it will not do (except by way of judicial review where appropriate) is to supervise the exercise of discretion within the field committed by statute to the local authority. [Emphasis added.]

It would seem then that in England the wardship jurisdiction of the court (*parens patriae*) has not been ousted by the existence of legislation entrusting the care and custody of children to local authorities. It is, however, confined to "gaps" in the legislation and to judicial review. Is there room for the Court's *parens patriae* jurisdiction in this case?

The legislative gap approach

If the Besons had indeed no right of appeal under the statute from the Director's removal of Christopher from their home, then I believe there is a gap in the legislative scheme which the Newfoundland courts could have filled by an exercise of their *parens patriae* jurisdiction. Noel J., in other words, could have done more than recommend that the Director give Christopher the chance of the good home available with the Besons. He could have so ordered. It was not a matter of substituting his views for those of the Director. It was a matter of exercising his *parens patriae* jurisdiction in light of a deficiency in the statute. If it were not in Christopher's best interests that he be removed from the appellants' home, then in the absence of any statutory right of appeal through which his interests might be protected, Noel J. had an obligation to intervene.

It should be recalled that when the Besons applied to adopt Christopher he was a physically and emotionally deprived child. They took him on that basis and he made remarkable progress in

demande de prendre à la cour relève du pouvoir discrétionnaire des autorités locales. Il poursuit aux pp. 388 et 389:

> [TRADUCTION] Cependant, dans certains cas, il peut y avoir un domaine auquel les pouvoirs des autorités locales, qui sont limités par les lois, ne s'étendent pas. Parfois les autorités locales peuvent elles-même recourir à l'action supplétive de la cour. Alors la tutelle se poursuit en prévision de mesures que prendra la cour. Le pouvoir général et inhérent de la cour est toujours présent pour combler les failles ou suppléer aux pouvoirs des autorités locales; ce qu'elles ne feront pas (sauf sous forme d'examen judiciaire s'il y a lieu) c'est contrôler l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire relevant du domaine attribué par la loi aux autorités locales. [C'est moi qui souligne.]

Il semble donc qu'en Angleterre, la compétence de la cour en matière de tutelle (*parens patriae*) n'a pas été supprimée par l'adoption de lois qui confient la garde et le soin des enfants aux autorités locales. Elle se limite cependant aux «failles» de la législation et à l'examen judiciaire. En l'espèce, la Cour peut-elle exercer sa compétence *parens patriae*?

L'hypothèse de la faille législative

Si la Loi n'accorde effectivement pas aux Beson de droit d'appel à l'encontre de la décision du directeur de retirer Christopher de leur foyer, alors je crois qu'il y a, dans l'économie de la loi, une faille que les cours de Terre-Neuve auraient pu combler en exerçant leur compétence *parens patriae*. En d'autres termes, le juge Noel aurait pu faire plus que recommander au directeur de donner à Christopher la possibilité d'avoir un foyer de choix chez les Beson. Il aurait pu l'ordonner. Il ne s'agissait pas là de substituer son point de vue à celui du directeur. Il s'agissait de l'exercice de la compétence *parens patriae* qu'il possédait à cause d'une déficience de la Loi. S'il n'était pas dans l'intérêt de Christopher d'être retiré du foyer des appelants, en l'absence de tout droit d'appel prévu par la Loi par lequel son intérêt aurait pu être préservé, le juge Noel avait l'obligation d'agir.

Il faut se rappeler que lorsque les Beson ont demandé d'adopter Christopher, celui-ci souffrait de déficiences physiques et émotives. Ils l'ont pris dans cet état et, sous leur garde, l'enfant a fait des

their care. He developed from a shy reserved child who was slow in speech development and not toilet-trained at over three years old into a bright, happy and totally normal youngster. At the time the Director removed him from the Besons' care and returned him to the foster home no other prospective adoptive parents were in the picture. The Director simply took a child who had been placed in a prospective adoptive home in which he was thriving, and in respect of which favourable reports were issuing from his own case worker, out of that home one week prior to the expiry of the six-month residence period on the basis of completely unfounded rumours of child abuse. It is clear from the reasons of the Newfoundland Court of Appeal that they dismissed the appeal because in their view the Besons had a right of appeal to the Appeal Board under the statute which they failed to pursue when *mandamus* proceedings would have been open to them. It is clear also that the Court of Appeal agreed with Noel J. that he could do no more than make a recommendation to the Director. I think that on both these issues the Court of Appeal was in error.

progrès impressionnants. De timide, retardé dans son développement langagier, et pas encore propre à plus de trois ans, il est devenu intelligent, heureux et complètement normal. Au moment où le directeur l'a retiré de chez les Beson et renvoyé dans son ancien foyer nourricier, il n'y avait pas d'autres parents adoptifs en cause. Le directeur a simplement retiré l'enfant du foyer où il avait été placé en vue de l'adoption et dans lequel il se développait bien et à l'égard duquel le travailleur social du directeur lui-même avait fourni des rapports favorables, une semaine avant l'expiration du délai de six mois de résidence sur la foi de rumeurs, tout à fait sans fondement, de mauvais traitements. Il ressort des motifs de la Cour d'appel de Terre-Neuve que celle-ci a rejeté l'appel parce que les juges ont estimé que les Beson avaient un droit d'appel au Comité d'appel en vertu de la Loi, droit qu'ils avaient omis d'exercer alors qu'ils auraient pu le faire par *mandamus*. Il est aussi manifeste que la Cour d'appel partage l'avis du juge Noel, que celui-ci ne pouvait rien faire d'autre qu'une recommandation au directeur. Je crois que sur ces deux points la Cour d'appel a commis une erreur.

The judicial review approach

There is no doubt that judicial review of the Director's action would have been available to the appellants in the absence of any right of appeal in the statute. Moreover, an application for judicial review might well have been successful on the ground of the Director's failure to treat the Besons fairly: See *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311. The Newfoundland Court of Appeal found as a fact that they had been treated unfairly. The allegations came from a completely unreliable source and no effort was made by the Director to substantiate them. However, instead of proceeding by way of judicial review the appellants instituted *habeas corpus* proceedings and the Newfoundland courts concluded, in my view wrongly, that they were without jurisdiction to deal with the matter. I have concluded that it was open to them to proceed with judicial review in exercise of their *parens patriae* jurisdiction. Unlike the *Liverpool* case there was a basis for judicial

L'hypothèse de l'examen judiciaire

Il n'y a pas de doute que les appelants auraient pu obtenir l'examen judiciaire de l'acte du directeur s'il n'y avait pas de droit d'appel prévu dans la Loi. De plus, une demande d'examen judiciaire aurait fort bien pu être reçue pour le motif que le directeur n'avait pas agi équitablement envers les Beson: voir *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311. La Cour d'appel de Terre-Neuve a établi comme fait qu'ils n'avaient pas été traités équitablement. Les allégations provenaient d'une source complètement indigne de foi et le directeur n'a entrepris aucune démarche pour les vérifier. Plutôt que de procéder par voie d'examen judiciaire, les appelants ont institué des procédures d'*habeas corpus* et les cours de Terre-Neuve ont statué, à tort, à mon avis, qu'elles n'avaient pas compétence pour entendre l'affaire. Je conclus qu'il leur était loisible de procéder à un examen judiciaire dans l'exercice de leur compétence *parens patriae*. A la différence de l'affaire *Liver-*

review here and the courts were in error in treating the application as one in which they were being asked to substitute their discretion for that of the Director. They were being asked to control the improper exercise of his discretion.

The available relief

What recourse then is open to this Court to settle the rights not only of the Besons but also of Mr. and Mrs. Jones, the interveners, who through no fault of their own are now caught up in what must be a most traumatic and painful experience? Mr. and Mrs. Jones had apparently no knowledge of the claim of the Besons to the child who had been so enthusiastically welcomed into their family until the bombshell was dropped on them by the Registrar of this Court.

We have now had the benefit of very complete evidence taken on commission in Newfoundland before Mr. Justice Goodridge. This includes the evidence of a pediatrician, two psychologists, a child psychiatrist, two social workers, the Director of Child Welfare and Mr. and Mrs. Beson. We have also had the benefit of thorough argument from counsel for the appellants and for the interveners, from counsel for the Director and from Mr. Day, counsel appointed by the Court to represent Christopher. Having been advised by Dr. Boddie, the child psychiatrist retained by him, that Christopher was neither capable of instructing counsel nor "of expressing his wishes as to his future custodians", Mr. Day assessed his role as being to advance his client's best interests as he saw them to the Court. In order to satisfy himself as to where Christopher's best interests lay Mr. Day conducted a very thorough investigation of Christopher's social, medical and legal antecedents and of his present circumstances. In the course of this investigation he reviewed the Director's files on Christopher and interviewed all the people who had had Christopher under care including the appellants and the interveners, former foster parents, child welfare workers, health care persons and his teacher. He also spent time with Christopher at his present residence.

*pool*, un examen judiciaire est fondé en l'espèce et les cours ont commis une erreur en considérant qu'on leur demandait de substituer leur pouvoir discrétionnaire à celui du directeur. On leur demandait de contrôler l'exercice fautif de son pouvoir discrétionnaire.

Le redressement possible

Quel remède cette Cour a-t-elle à sa disposition pour régler non seulement les droits des Beson mais aussi ceux de M. et M^me^ Jones, les intervenants qui, sans aucune faute de leur part, se trouvent entraînés dans ce qui doit être une expérience des plus douloureuse et traumatisante? M. et M^me^ Jones ne savaient apparemment rien de la réclamation des Beson vis-à-vis de l'enfant qu'ils avaient reçu dans leur foyer avec tant d'enthousiasme, jusqu'à ce que le registraire de cette Cour leur fasse découvrir le pot aux roses.

Nous avons maintenant l'avantage de disposer d'une preuve très complète, recueillie par voie de commission rogatoire à Terre-Neuve devant le juge Goodridge. Elle comporte les témoignages d'un pédiatre, de deux psychologues, d'un psychiatre pour enfants, de deux travailleurs sociaux, celui du directeur du Child Welfare et ceux de M. et de M^me^ Beson. Nous avons aussi eu l'avantage d'entendre les plaidoiries fouillées des avocats des appelants, des intervenants, du directeur et celle de M^e^ Day, l'avocat désigné par la Cour pour représenter Christopher. Après avoir été avisé par le D^r^ Boddie, le psychiatre pour enfants consulté par ses soins, que Christopher n'était en mesure ni de donner des directives à son procureur, ni [TRADUCTION] «d'exprimer son avis quant à ses futurs parents», M^e^ Day a estimé que son rôle consistait à faire valoir auprès de la Cour ce qu'il estimait être l'intérêt fondamental de son client. Pour trouver en quoi consistait l'intérêt de Christopher, M^e^ Day a procédé à une enquête très complète sur les antécédents sociaux, médicaux et juridiques de Christopher et sur sa situation actuelle. Au cours de son enquête, il a étudié les dossiers du directeur relatifs à Christopher, il a interrogé tous ceux qui en ont eu la garde, notamment les appelants, les intervenants, ses anciens parents nourriciers, les travailleurs sociaux, des personnes des services de santé et son instituteur. Il a aussi passé un certain temps avec Christopher à son domicile actuel.

Mr. Day's submissions to the Court, based on his investigations and the assistance he received from the professionals he retained on Christopher's behalf, are that Christopher's best interests were being served when he was a member of the appellants' family and would likely have continued to be served by his being left there. However, given that he was removed from their care by the Director, the Court must decide whether his best interests would now be served by leaving him where he is, *i.e.* with the interveners, or by returning him to the appellants. This in turn would depend, counsel submitted, on whether the quality of care he would receive from the appellants would outweigh any prejudice to him arising from yet another move.

As to the quality of care available to Christopher in the appellants' home, Mr. Day stated that "the quality of care which can be afforded by the appellants is superior to a significant degree to that which can be afforded by the interveners". He hastened to point out that this was not to say that Christopher was not currently being materially and emotionally well cared for to the best of their ability by the interveners. He simply needs a great deal of care and attention and requires, according to counsel, "the time, patience, vigilance and sensitivity of supportive and stimulating custodians". The appellants are more able to spend time with Christopher and have been and continue to be motivated to do so. They clearly love him very much as witness their pursuit of this matter through all the various levels of the court. They want him back as their son despite the fact that they now have a baby girl of their own.

Mrs. Beson is at home all day and Mr. Beson is a businessman with considerable latitude in his working hours. Their elder son, Larry, is devoted to Christopher. Mrs. Jones, on the other hand, has a job and both she and her husband function on fairly stringent work schedules. Christopher has to be looked after by a neighbour until they return from work. They are simply not able to give the child the time and attention he needs. They have two children, a boy of nine and a girl of seven. In the context of the longer term interests of Christopher, the appellants are more able to handle finan-

Compte tenu de son enquête et de l'aide reçue des spécialistes qu'il a consultés pour le compte de Christopher, M[e] Day expose à la Cour que les intérêts de l'enfant avaient été le mieux servis quand il se trouvait chez les appelants et que ses intérêts auraient probablement été mieux servis s'il y était resté. Toutefois, vu qu'il en a été retiré par le directeur, la Cour doit décider s'il est au mieux de ses intérêts de le laisser où il est actuellement, c.-à-d. chez les intervenants, ou de le remettre aux appelants. Le tout dépend donc, selon son avocat, de savoir si la qualité des soins qu'il recevra des appelants compensera tout dommage que pourrait lui causer un autre changement de foyer.

Quant à la qualité des soins que Christopher peut recevoir des appelants, M[e] Day a affirmé que [TRADUCTION] «la qualité des soins que les appelants peuvent accorder est nettement supérieure à celle que les intervenants peuvent accorder». Il s'est empressé de souligner que cela ne voulait pas dire que Christopher ne recevait pas les meilleurs soins possibles sur le plan matériel et émotif que les intervenants pouvaient lui prodiguer. Il lui faut simplement beaucoup de soins et d'attention et, selon l'avocat, il a besoin [TRADUCTION] «du temps, de la patience, de la vigilance et de la sensibilité de parents compréhensifs et encourageants». Les appelants sont plus en mesure de consacrer du temps à Christopher, ils ont toujours été déterminés à le faire et continuent de l'être. Ils l'aiment manifestement beaucoup comme en fait foi leurs démarches dans toutes les instances judiciaires. Ils le veulent comme fils adoptif même s'ils ont maintenant leur propre petite fille.

M[me] Beson n'a pas d'emploi extérieur au foyer et M. Beson est un homme d'affaires dont les heures de travail sont très flexibles. Leur fils aîné, Larry, est attaché à Christopher. Par contre, M[me] Jones a un emploi et, comme son mari, elle est soumise à un horaire assez strict. Christopher doit être gardé par une voisine jusqu'à ce que les Jones reviennent de leur travail. Ils ne peuvent tout bonnement pas accorder à l'enfant le temps et l'attention dont il a besoin. Ils ont deux enfants, un garçon de neuf ans et une fillette de sept ans. Quant à l'avenir de Christopher, les appelants sont plus en mesure de

cial family contingencies and to save for their childrens' post-secondary education and training which is a high priority with them. While financial security is not by any means a determining factor, it is a relevant one. It is not surprising, counsel submitted, that on the basis of the evidence Mr. Justice Noel was concerned that Christopher have the opportunity of this fine home.

Nevertheless, Mr. Day submitted, the Court must be concerned about the effect of another move on a boy who has lived up to this time what he described as "a nomadic existence". The advice he had received from the child psychiatrist was encouraging in this respect. The child was extremely resilient (doubtless as a result of his background to date) and Dr. Boddie was of the opinion that he would adjust to the return to his former home since "proper care and love can prevent permanent impairment due to separation". The pediatrician and psychologists who assessed Christopher were less sanguine on this count.

Having reviewed all of the evidence and considered the submissions of counsel, and being particularly impressed by the totally impartial and objective submissions of Christopher's counsel, I am of the view that it is in Christopher's best interests that he now be returned to the appellants. In so saying I am certainly not unmindful of the upset this will unquestionably involve for the child and that the courts have cautioned against the disturbance of the *status quo*. I am also aware that it will cause anguish for the interveners. Indeed, hurt all round is the tragic feature of this sorry situation.

What kind of relief then is it open to this Court to grant? As I understand it, the exercise of the Court's *parens patriae* jurisdiction has traditionally resulted in an order for custody, the jurisdiction being of ancient origin and pre-dating the concept of adoption. It would, however, in my view serve Christopher ill if the Court made an order for custody in favour of the appellants. Counsel for the Director advised that if this were done it would amount in his view to a new placement and, since Mr. and Mrs. Jones have already had Christopher

pourvoir aux nécessités économiques d'une famille et d'épargner en vue de l'instruction universitaire de leurs enfants, ce qui, pour eux, a une très grande importance. Même si la sécurité matérielle n'est en aucune façon un facteur déterminant, il y a lieu d'en tenir compte. Il ne faut donc pas s'étonner, selon l'avocat, qu'après avoir entendu la preuve, le juge Noel ait voulu que Christopher puisse demeurer dans ce foyer de choix.

La Cour doit néanmoins, d'après Me Day, tenir compte de l'effet d'un autre changement de foyer sur un enfant qui a, à ce jour, vécu ce que l'avocat a décrit comme [TRADUCTION] «une existence de nomade». A cet égard, l'avis que lui a donné le psychiatre pour enfants est favorable. L'enfant est très souple (sans doute par suite de ce qui lui est arrivé jusqu'ici) et le Dr Boddie a estimé qu'il s'adapterait au retour à son ancien foyer puisque [TRADUCTION] «l'affection et les bons soins peuvent prévenir le dommage permanent que pourrait causer la séparation». Le pédiatre et les psychologues qui ont examiné Christopher ont été moins optimistes à cet égard.

Après avoir examiné toute la preuve, étudié les prétentions des avocats et étant particulièrement impressionnée par les arguments totalement impartiaux et objectifs de l'avocat de Christopher, je suis d'avis qu'il est dans son intérêt d'être renvoyé chez les appelants. En arrivant à cette décision, je suis certainement consciente du choc que cette décision ne manquera pas de causer à l'enfant et du fait que les cours ont signalé le danger de modifier le statu quo. Je suis également conscient de la peine que la décision causera aux intervenants. Bien sûr, l'élément tragique de cette triste situation, c'est que tout le monde va souffrir.

Quel redressement la Cour peut-elle donc accorder? Si je comprends bien, l'exercice de la compétence *parens patriae* de la Cour a traditionnellement débouché sur une ordonnance de garde, puisque cette compétence est d'origine ancienne, antérieure au concept d'adoption. A mon avis, il serait toutefois au désavantage de Christopher que la Cour rende une ordonnance de garde en faveur des appelants. L'avocat du directeur a fait valoir qu'une telle mesure équivaudrait à son avis à un nouveau placement en foyer nourricier et que,

in excess of the six-month period, a certificate could be issued by the Director in their favour at any time. It is quite clear that further litigation would ensue if this Court made an order for custody only and this could hardly be in Christopher's best interests. Moreover, an order for custody only would deprive Christopher of the status of being the appellants' "child" in the fullest sense of the term. If ever a child needed the security of that status, this one does. Accordingly, having found that the Newfoundland Court of Appeal was in error in considering itself powerless to safeguard the interests of this child, I would allow the appeal and make the order which that Court ought to have made, namely an order under s. 12 of *The Adoption of Children Act, 1972* for the adoption of Christopher by the appellants.

I would award the appellants their costs throughout as against the respondent. I would also award the interveners their costs of the appeal as against the respondent. The Minister of Justice for Newfoundland has undertaken to pay the costs of Christopher's counsel.

I would be remiss if I did not acknowledge the indebtedness of the Court to counsel in this most trying and difficult case. Mr. Day, in particular, deserves the respect and admiration of the Court for the conscientious and sensitive manner in which he discharged his duties as counsel for the child.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitor for the appellants: Jean V. Dawe, Gander.*

*Solicitor for the respondent: John McCarthy, St. John's, Nfld.*

*Solicitor for the interveners: H. Stephen Roy, St. John's, Nfld.*

*Solicitor for the mis en cause: David C. Day, St. John's, Nfld.*

puisque M. et M^me^ Jones ont déjà eu la garde de Christopher pendant plus de six mois, le directeur pourrait émettre un certificat d'adoption en leur faveur n'importe quand. Il est évident qu'il y aurait d'autres contestations judiciaires si la Cour se contentait de rendre une ordonnance de garde et que ce ne serait certainement pas dans l'intérêt de Christopher. De plus une ordonnance de garde seule priverait Christopher du statut d'«enfant» des appelants, dans toute la signification de ce terme. Si jamais un enfant a eu besoin de la sécurité que peut procurer ce statut, c'est bien lui. En conséquence, ayant conclu que la Cour d'appel de Terre-Neuve a commis une erreur en se jugeant impuissante à sauvegarder les intérêts de cet enfant, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rendre l'ordonnance que la Cour d'appel aurait dû rendre, c'est-à-dire une ordonnance conforme à l'art. 12 de *The Adoption of Children Act, 1972* portant l'adoption de Christopher par les appelants.

Je suis d'avis d'accorder aux appelants leurs dépens dans toutes les cours à l'encontre de l'intimé. Je suis également d'avis d'accorder aux intervenants leurs dépens du pourvoi à l'encontre de l'intimé. Le ministre de la Justice de Terre-Neuve s'est engagé à payer les frais de l'avocat de Christopher.

Je ne remplirais pas mon devoir si je n'exprimais pas la reconnaissance que la Cour doit aux avocats dans cette affaire pénible et difficile. M^e^ Day mérite plus particulièrement le respect et l'admiration de la Cour pour la délicatesse et le dévouement avec lesquels il a rempli son rôle d'avocat de l'enfant.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureur des appelants: Jean V. Dawe, Gander.*

*Procureur de l'intimé: John McCarthy, St-Jean (T.-N.).*

*Procureur des intervenants: H. Stephen Roy, St-Jean (T.-N.).*

*Procureur du mis en cause: David C. Day, St-Jean (T.-N.).*

**Mary Evangeline Basarabas** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*;

and between

**Jenny Louise Spek** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

File Nos.: 16720 and 16701.

1982: November 24, 25.

Present: Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Procedure — Jury — Juror discharged — Accused not yet put in charge of jury and evidence not called — Whether or not trial had commenced for purposes of s. 573 of the Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 573.*

A juror at appellants' trial was discharged pursuant to s. 573 of the *Criminal Code* after the jury had been empanelled but before the accused had been put in the jury's charge and before any evidence had been called. The trial continued. The accused unsuccessfully appealed their convictions arguing that the matter should not have been put to eleven jurors. The issue before this Court was when does a jury trial begin for the purposes of s. 573: the Crown contended that the juror was discharged in the course of the trial while the accused argued that the trial began only when the accused were put in the charge of the jury.

*Held*: The appeals should be allowed.

When a jury commences depends on the *Criminal Code* section being applied. An accused at common law has a right to the unanimous verdict of twelve jurors unless or until the judge, after the trial has commenced, is satisfied a juror should not continue to act for reasonable cause. Any abridgment of this right, such as the practical cure in s. 573(2) for difficulties arising from the discharge of a juror, should be narrowly construed. The wording of s. 573(1) anticipated the jury's have acted *qua* jury prior to a juror's discharge. The weight of authority supported the position that a jury trial commenced when the accused was placed in the jury's

**Mary Evangeline Basarabas** *Appelante*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*;

et entre

**Jenny Louise Spek** *Appelante*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

N^os^ du greffe: 16720 et 16701.

1982: 24, 25 novembre.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

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

*Droit criminel — Procédure — Jury — Juré libéré — Sort des accusées non encore confié au jury et aucune preuve faite — Le procès était-il commencé aux fins de l'art. 573 du Code criminel? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 573.*

Au procès des appelantes, un juré a été libéré sous l'autorité de l'art. 573 du *Code criminel* après la formation du jury mais avant que le sort des accusées ait été confié au jury et avant qu'aucune preuve ait été faite. Le procès s'est continué. Les accusées ont été déboutées de leur appel à l'encontre des déclarations de culpabilité prononcées contre elles où elles ont fait valoir que leur sort n'aurait pas dû être confié à onze jurés. La question soumise à cette Cour est de savoir quand commence un procès devant jury aux fins de l'art. 573: la poursuite allègue que le juré a été libéré au cours du procès alors que les accusées allèguent que le procès commence uniquement lorsque leur sort a été confié au jury.

*Arrêt*: Les pourvois sont accueillis.

Le moment du début d'un procès devant jury dépend de l'article du *Code criminel* qui s'applique. Selon la *common law*, un accusé a droit à un verdict unanime de douze jurés à moins que le juge, après que le procès a commencé, ne soit convaincu pour une cause raisonnable qu'un juré ne doit pas continuer à siéger. Toute limitation de ce droit, telle la solution pratique que prévoit le par. 573(2) pour les difficultés que soulève la libération d'un juré, doit être interprétée restrictivement. Les termes du par. 573(1) laissent entendre que le jury a déjà siégé en tant que jury avant la libération d'un juré. La jurisprudence appuie majoritairement la prétention

charge. There was no good reason to deny the accused a full jury where no evidence had been led.

*R. v. Faderman*, 1 Den. C.C. 572; *Morin v. The Queen* (1890), 18 S.C.R. 407; *Giroux v. The King* (1917), 56 S.C.R. 63; *R. v. Dennis*, [1960] S.C.R. 286; *R. v. Riddle*, [1980] 1 S.C.R. 380; *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985; *Petersen v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 493; *R. v. Craske*, [1957] 2 All E.R. 772; *Re Walsh* (1914), 23 C.C.C. 7; *R. v. Emkeit* (1971), 3 C.C.C. (2d) 309, considered; *R. v. Desai*, [1973] Crim.L.R. 36, distinguished; *Ibrahim* (1957), 42 Cr.App.R. 38; *R. v. Bennett*, [1960] 1 W.L.R. 102; *United States v. Curtis*, 4 Mason 232; *R. v. Miller* (1958), 120 C.C.C. 335; *R. v. Hatton* (1978), 39 C.C.C. (2d) 281; *R. v. Blair and Karashowsky* (1975), 25 C.C.C. (2d) 47; *R. v. Parker* (1981), 62 C.C.C. (2d) 161; *Clement v. The Queen* (1955), 22 C.R. 290, referred to.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1981), 62 C.C.C. (2d) 13, upholding the convictions of the two accused. Appeals allowed.

*Francie Howard* and *Peter Leask*, for the appellant Mary Evangeline Basarabas.

*Clayton Ruby, Q.C.*, for the appellant Jenny Louise Spek.

*Leonard Doust* and *W. B. Smart*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—The question: when does a trial before a jury commence, for the purposes of s. 573 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. 34? The section reads:

**573.** (1) Where in the course of a trial the judge is satisfied that a juror should not, because of illness or other reasonable cause, continue to act, the judge may discharge the juror.

(2) Where in the course of a trial a member of the jury dies or is discharged pursuant to subsection (1), the jury shall, unless the judge otherwise directs and if the number of jurors is not reduced below ten, or in the Yukon Territory and the Northwest Territories below five, be deemed to remain properly constituted for all

qu'un procès devant jury commence lorsque le sort de l'accusé a été confié au jury. Aucune raison valable ne justifie de refuser aux accusées un jury complet alors qu'aucune preuve n'a encore été faite.

Jurisprudence: Arrêts examinés: *R. v. Faderman*, 1 Den. C.C. 572; *Morin c. The Queen* (1890), 18 R.C.S. 407; *Giroux c. The King* (1917), 56 R.C.S. 63; *R. c. Dennis*, [1960] R.C.S. 286; *R. c. Riddle*, [1980] 1 R.C.S. 380; *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985; *Petersen c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 493; *R. v. Craske*, [1957] 2 All E.R. 772; *Re Walsh* (1914), 23 C.C.C. 7; *R. v. Emkeit* (1971), 3 C.C.C. (2d) 309; distinction faite avec l'arrêt *R. v. Desai*, [1973] Crim.L.R. 36; arrêts mentionnés: *Ibrahim* (1957), 42 Cr.App.R. 38; *R. v. Bennett*, [1960] 1 W.L.R. 102; *United States v. Curtis*, 4 Mason 232; *R. v. Miller* (1958), 120 C.C.C. 335; *R. v. Hatton* (1978), 39 C.C.C. (2d) 281; *R. v. Blair and Karashowsky* (1975), 25 C.C.C. (2d) 47; *R. v. Parker* (1981), 62 C.C.C. (2d) 161; *Clement v. The Queen* (1955), 22 C.R. 290.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1981), 62 C.C.C. (2d) 13, qui a maintenu les déclarations de culpabilité prononcées contre les deux accusées. Pourvois accueillis.

*Francie Howard* et *Peter Leask*, pour l'appelante Mary Evangeline Basarabas.

*Clayton Ruby, c.r.*, pour l'appelante Jenny Louise Spek.

*Leonard Doust* et *W.B. Smart*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—Voici la question soumise: quand commence un procès devant un jury aux fins de l'art. 573 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. 34? Cet article se lit:

**573.** (1) Lorsque, au cours d'un procès, le juge est convaincu qu'un juré ne devrait pas, par suite de maladie ou pour une autre cause raisonnable, continuer à siéger, il peut le libérer.

(2) Lorsque, au cours d'un procès, un membre du jury décède ou est libéré sous l'autorité du paragraphe (1), le jury est considéré, à toutes les fins du procès, comme demeurant régulièrement constitué, à moins que le juge n'en ordonne autrement et à condition que le nombre des jurés ne soit pas réduit à moins de dix ou, dans le

purposes of the trial and the trial shall proceed and a verdict may be given accordingly.

At the trial of the two appellants a juror was discharged, pursuant to s. 573, after the jury had been empanelled but before the accused had been put in charge of the jury and before any evidence had been called. The Crown contends that the juror was discharged "in the course of" the trial. The accused say no, that a jury trial does not commence until, at the earliest, the time at which the accused is put in charge of the jury.

I

Statement of the Facts and the Judicial History

The appellants were charged with the second degree murder of Tristano Falbo and were found guilty after a trial by judge and jury at the City of Vancouver.

After the appellants had entered their respective pleas of not guilty, and after twelve jurors were sworn, but before the appellants had been given in charge to the jury and before the Crown was called upon to present its case, the court was informed that one of the jurors was a fellow employee of the brother of the alleged victim. The prosecutor suggested that the options were "to simply say goodbye" to that one juror under s. 573(1) of the *Criminal Code* or to discharge the jury if there was a chance that the entire jury had been "poisoned" in the jury room. Counsel representing both appellants then indicated he had similar concerns about the balance of the jury, agreeing that the juror in question should be removed from the jury.

The particular juror was then questioned briefly by the judge and by counsel for the appellants as to comments he might have made to other jurors. Following this, the judge excused the juror and asked for submissions as to whether the trial should be continued with eleven jurors. In his submission, counsel for the appellants applied for a mistrial on the ground that the balance of the jury may have been tainted. This application was denied.

territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest, à moins de cinq, et le procès se continuera et un verdict pourra être rendu en conséquence.

Au procès des deux appelantes, un juré a été libéré sous l'autorité de l'art. 573, après la formation du jury, mais avant que le sort des accusées lui eût été confié et avant qu'aucune preuve ait été faite. La poursuite allègue que le juré a été libéré «au cours du» procès. Au contraire, disent les accusées, un procès par jury commence au plus tôt au moment où le sort de l'accusé est confié au jury.

I

Exposé des faits et décisions des cours d'instance inférieure

Les appelantes ont été accusées du meurtre au deuxième degré de Tristano Falbo et ont été déclarées coupables à l'issue d'un procès tenu à Vancouver devant un juge et un jury.

Après que les appelantes eurent respectivement plaidé non coupable et que les douze jurés eurent prêté serment, mais avant que le sort des appelantes eût été confié au jury et que la poursuite eût été appelée à faire sa preuve, la cour a été avisée qu'un des jurés était un compagnon de travail du frère de la présumée victime. Le substitut du procureur général a suggéré soit de [TRADUCTION] «renvoyer tout simplement» ce juré en vertu du par. 573(1) du *Code criminel*, soit de libérer le jury s'il y avait une possibilité que tout le jury ait été «influencé» dans la salle de délibérations. L'avocat des deux appelantes a alors indiqué qu'il avait des préoccupations semblables concernant les autres jurés et s'est déclaré d'accord pour libérer le juré en question.

Le juge et l'avocat des appelantes ont alors interrogé brièvement ce juré sur ce qu'il aurait pu dire aux autres jurés. Le juge a ensuite libéré le juré et demandé un débat sur la question de savoir s'il y avait lieu de poursuivre le procès avec onze jurés. Dans son argumentation, l'avocat des appelantes a demandé que les procédures soient déclarées nulles pour le motif que les autres jurés pouvaient avoir été influencés. Cette demande a été rejetée.

The following day the jury was instructed as to the charge facing the appellants and the plea which had been given by each upon arraignment. The appellants were then put in the charge of the jury and the trial proceeded with eleven jurors.

On appeal one of the points taken was that the trial judge had erred in discharging one of the twelve jurors before the appellants had been put in charge of the jury and in permitting eleven jurors to give a verdict. Counsel contended that a jury trial does not commence until the accused has been placed in the charge of the jury and therefore the discharge of the juror did not take place during the "course" of the trial, as provided in s. 573(1). The Court of Appeal of British Columbia, speaking through Mr. Justice Craig, said:

> Although I think that there is much to be said for the liberal interpretation of the word "trial," that is, the trial commences when the accused is arraigned and has pleaded, I think that having regard to the views of Ritchie J., in *R. v. Dennis* [[1960] S.C.R. 286] the word "trial" has a somewhat more restricted meaning in a trial involving a jury. To what extent is the word restricted—does the trial begin when (1) the jury has been empanelled, (2) the accused has been given in charge to jury, (3) when the Crown begins to adduce evidence? I have concluded that for the purposes of s. 573(1) a trial commences when a jury has been empanelled and is ready to hear the case and does not commence only after the accused has been given in charge to the jury. I do not think that anything said by Ritchie J., in *R. v. Dennis* precludes me from adopting this view.

The Court of Appeal rejected all other grounds of appeal and the appeals were dismissed. Before this Court counsel, who were not the counsel at trial, have advanced four grounds. Counsel submitted, *inter alia* that the trial judge had erred in discharging the juror under the provisions of s. 573(1) because the discharge did not arise in the "course" of the trial, counsel contending that in the case of a jury trial the trial does not commence until the accused has been placed in the charge of the jury. At the conclusion of argument Mr. Justice Ritchie, presiding, delivered the following oral judgment for the Court:

Le lendemain, le jury a été informé des accusations portées contre les appelantes et des plaidoyers de chacune d'elles suite à leur mise en accusation. Le sort des appelantes a alors été confié au jury et le procès s'est déroulé avec onze jurés.

En appel, un des points soulevés était que le juge du procès avait commis une erreur en libérant un des douze jurés avant que le sort des appelantes ait été confié au jury et en permettant à onze jurés de rendre un verdict. L'avocat a fait valoir qu'un procès devant jury ne commence pas tant que le sort de l'accusé n'a pas été confié au jury et que par conséquent, la libération du juré n'avait pas eu lieu «au cours» du procès, comme le prévoit le par. 573(1). Le juge Craig, qui a rendu le jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a dit:

> [TRADUCTION] Bien que j'estime qu'il y a beaucoup à dire sur l'interprétation libérale à donner au terme «procès», savoir que le procès commence lorsque l'accusé est mis en accusation et qu'il fait son plaidoyer, j'estime, compte tenu de l'opinion du juge Ritchie dans l'arrêt *R. c. Dennis* [[1960] R.C.S. 286], que le terme «procès» a une signification un peu plus restreinte dans le cas d'un procès devant jury. Dans quelle mesure ce terme est-il restreint: est-ce que le procès commence lorsque 1) le jury a été formé, 2) le sort de l'accusé a été confié au jury, 3) lorsque la poursuite commence à faire sa preuve? Je conclus qu'aux fins du par. 573(1), un procès commence lorsqu'un jury a été constitué et qu'il est prêt à entendre la cause, et qu'il ne commence pas seulement après que le sort de l'accusé lui a été confié. Je ne crois pas que le juge Ritchie ait dit quoi que ce soit dans l'arrêt *R. c. Dennis* qui m'empêche d'adopter ce point de vue.

La Cour d'appel a rejeté tous les autres moyens d'appel et les appels ont été rejetés. En cette Cour, les avocats, qui n'étaient pas les mêmes qu'au procès, ont fait valoir quatre moyens d'appel. Ils ont notamment plaidé que le juge du procès a commis une erreur en libérant le juré en vertu des dispositions du par. 573(1) parce que la libération n'a pas eu lieu «au cours» du procès puisque dans le cas d'un procès devant jury, le procès ne commence pas avant que le sort de l'accusé ait été confié au jury. A la fin des débats, le juge Ritchie, qui a présidé à l'audience, a prononcé le jugement oral suivant au nom de la Cour:

We are all of the view that the Court of Appeal of British Columbia erred in its interpretation of s. 573(1) and s. 573(2) of the *Criminal Code* with respect to the question of when a trial before a jury commenced.

The appeal is accordingly allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and a new trial ordered.

Reasons for judgment will follow at a later date.

Hence these reasons. As we have concluded that, by reason of the discharge of the juror, the appellants were not before a court legally constituted to try them we will not advert to any ground of appeal other than that raising the issue as to the time of commencement of a jury trial. Because of error in resolving that issue the conviction must be quashed, irrespective of the merits of the other grounds of appeal.

II

The Authorities

As Baron Alderson said in *R. v. Faderman*, 1 Den. C.C. 572, "Trial is a very technical word." In its popular and general sense a trial by jury consists of arraignment and plea, calling and swearing the jury, the opening address of Crown counsel, the examination and cross-examination of witnesses for the Crown and for the defence, the closing addresses of counsel, the judge's charge and, last, the jury's verdict. The cases have, by and large, tended to give a rather more restricted meaning to the word "trial".

Let us look first at some of the cases in this Court. The first is *Morin v. The Queen* (1890), 18 S.C.R. 407. In that case the judges were equally divided in opinion as to when a trial by jury may be said to commence—one half of the Court holding that it commences before the jury is sworn, and the other half after the jury is sworn. Ritchie C.J. said, at p. 415: ". . . when there is a court duly constituted the prisoner being present and given in charge to the jury his trial in my opinion commences . . . ." Strong J. and Fournier J. concurred in the opinion of the Chief Justice. The other three judges were of the opinion that the trial com-

Nous sommes tous d'avis que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a interprété de façon erronée les par. 573(1) et 573(2) du *Code criminel* pour ce qui est de déterminer le moment où commence un procès devant jury.

L'appel est donc accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et un nouveau procès est ordonné.

Les motifs du jugement suivront à une date ultérieure.

D'où les présents motifs. Puisque nous avons conclu qu'en raison de la libération du juré, les appelantes n'ont pas été jugées par un jury légalement habilité à le faire, nous nous limiterons au moyen d'appel qui soulève la question du commencement d'un procès devant jury. En raison de l'erreur commise en tranchant cette question, la déclaration de culpabilité doit être annulée, indépendamment du bien-fondé des autres moyens d'appel.

II

La jurisprudence

Comme l'a dit le baron Alderson dans l'arrêt *R. v. Faderman*, 1 Den. C.C. 572, [TRADUCTION] «Le mot procès est un terme très technique». Dans son sens commun et général, un procès devant jury comporte la mise en accusation et le plaidoyer, la constitution et la prestation de serment du jury, l'exposé introductif du substitut du procureur général, l'interrogatoire et le contre-interrogatoire des témoins à charge et à décharge, les plaidoiries des avocats, les directives du juge et enfin le verdict du jury. Toutefois la jurisprudence tend à attribuer une signification plus restreinte au terme «procès».

Examinons d'abord certains des arrêts de cette Cour. Le premier est l'arrêt *Morin c. The Queen* (1890), 18 R.C.S. 407. Dans cette affaire, l'opinion des juges était partagée également sur la question de savoir quand un procès devant jury commence, la moitié des juges décidant qu'il commence avant la prestation de serment des jurés, et l'autre moitié décidant qu'il commence après. Le juge en chef Ritchie a dit, à la p. 415: [TRADUCTION] « . . . à mon avis, le procès commence lorsque le prisonnier est en présence d'une cour régulièrement constituée et que son sort a été confié au jury . . . ». Les juges Strong et Fournier ont sous-

menced prior to the time mentioned by the Chief Justice so we may take it from the judgment that at the latest the trial commences when the jury is sworn and the accused is given in charge to the jury.

In *Giroux v. The King* (1917), 56 S.C.R. 63, a majority of the Court rejected the view that upon arraignment the trial has already commenced. The plea and the arraignment were held to be not part of the trial.

In *R. v. Dennis*, [1960] S.C.R. 286, Ritchie J. said, at p. 292:

A consideration of proceedings on trial by jury brings to mind the fact that the trial proper does not start until the accused is given in charge to the jury which stage is, of course, not reached until after the plea has been taken and the adoption of this more restricted meaning of the word "trial" has been widely accepted in our own Courts for many years.

In the more recent case of *R. v. Riddle*, [1980] 1 S.C.R. 380, the accused had been charged with common assault. He pleaded not guilty and the matter was adjourned for trial. At the trial the Crown applied for an adjournment as the complainant was not present. The application was refused. As the Crown called no evidence the charge was dismissed. A week later the complainant swore a new information and the question was whether the accused had been in jeopardy in the earlier proceedings. The case was a non-jury summary conviction matter. This Court held, at p. 398:

In my view, a criminal trial commences and an accused is normally in jeopardy from the moment issue is joined before a judge having jurisdiction and the prosecution is called upon to present its case in court. The person accused continues in jeopardy until final determination of the matter by rendering of the verdict.

In *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985, one of the questions which the Court was called upon to decide was whether the existence of an indictment at some time operated as a bar to an attack, by way of *habeas corpus* with *certiorari* in aid, upon the validity of a committal for trial. Specifically,

crit à l'opinion du Juge en chef. Les trois autres juges étaient d'avis que le procès commence avant le moment mentionné par le Juge en chef; cet arrêt nous indique donc que le procès commence au plus tard lorsque le jury a prêté serment et que le sort de l'accusé lui est confié.

Dans l'arrêt *Giroux c. The King* (1917), 56 R.C.S. 63, la Cour à la majorité a rejeté l'opinion que le procès est déjà commencé au moment de la mise en accusation. On y a décidé que la mise en accusation et le plaidoyer ne font pas partie du procès.

Dans l'arrêt *R. c. Dennis*, [1960] R.C.S. 286, le juge Ritchie a dit à la p. 292:

[TRADUCTION] Un examen du déroulement du procès devant jury fait ressortir le fait que le procès proprement dit ne commence pas avant que le sort de l'accusé soit confié au jury et cette étape n'est franchie qu'après le plaidoyer; l'adoption de cette signification plus restreinte du terme «procès» est largement acceptée par nos cours depuis de nombreuses années.

Dans l'affaire plus récente *R. c. Riddle*, [1980] 1 R.C.S. 380, l'accusé était inculpé de voies de fait simples. Il a nié sa culpabilité et l'affaire a été ajournée pour le procès. A la date du procès, la poursuite a demandé un ajournement vu l'absence du plaignant. La demande a été refusée. Comme le ministère public n'a pas fait de preuve, l'accusation a été rejetée. Une semaine plus tard, le plaignant a déposé une autre dénonciation sous serment et la question était de savoir si l'accusé avait été en péril au cours des procédures antérieures. Il s'agissait dans l'espèce d'une poursuite sommaire non susceptible d'être instruite devant jury. Cette Cour a conclu à la p. 398:

A mon avis, un procès criminel commence et un accusé est normalement en péril lorsque la cause est en état devant un juge compétent et que la poursuite est appelée à présenter sa preuve à la cour. L'accusé est en péril tant que l'affaire n'est pas décidée par le prononcé du verdict.

Dans l'affaire *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985, une des questions que la Cour a été appelée à trancher était de savoir si l'existence d'un acte d'accusation à un certain moment faisait obstacle à une contestation, par *habeas corpus* assorti d'un *certiorari*, de la validité du renvoi à procès. Plus

at what point could it be said that an indictment brought under s. 507(2) of the *Code* is "presented" to the court. We held, at p. 992:

> I agree with counsel for the Crown that where an indictment is preferred pursuant to s. 507 without the intervention of the grand jury, there are not separate acts of preferral of a bill of indictment, and presentment of an indictment. There is but one act, that act being the placing by the appropriate authority of "an indictment in writing setting forth the offence" before the trial court. This act constitutes the commencement of the trial and is a combination of the steps of preferral and presentment.

*Petersen v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 493, was another case in which the question arose as to when an accused was in jeopardy. In *Petersen* the Crown commenced proceedings by indictment after dismissal of informations in identical terms by a provincial court judge under Part XXIV of the *Code*. The appellant was charged with impaired driving and with refusal to furnish a sample of his breath. The Court, speaking through Mr. Justice McIntyre, after quoting the passage from *Riddle* which I have set out above, said at p. 501:

> I do not consider that Dickson J. imposed by those words a requirement that some direct invitation must be issued to the Crown to call evidence before it could be said that the issue had been joined and the accused placed in jeopardy. The authorities he relied upon in his reasons support the proposition that once a plea is entered before a court of competent jurisdiction the accused is in jeopardy.

A number of English cases have dealt with the question of when a trial commences. The earliest to which I would refer is *R. v. Faderman*, *supra*, where the prisoner argued that the trial commenced when the prisoner was called upon to plead. Baron Parke said, at p. 574:

> Properly, there is no trial till issue is joined. [This I take to mean until the prisoner is given in charge to the jury.]

Alderson B. said, at p. 575:

précisément, à quel moment peut-on dire qu'un acte d'accusation produit en vertu du par. 507(2) du *Code* est «déposé» à la cour? Nous avons conclu, à la p. 992:

> Je partage l'opinion du substitut du procureur général que lorsqu'un acte d'accusation est présenté en vertu de l'art. 507 sans l'intervention du grand jury il n'y a pas de distinction entre la présentation d'un projet d'acte d'accusation et le dépôt d'un acte d'accusation. Il n'y a qu'une seule procédure, soit la production auprès du tribunal de première instance, par l'autorité compétente, d'«un acte d'accusation écrit énonçant l'infraction». Cette procédure marque le début du procès et réunit les étapes de la présentation et du dépôt.

L'arrêt *Petersen c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 493, est une autre affaire dans laquelle s'est posée la question de savoir quand un accusé est en péril. Dans l'affaire *Petersen*, le ministère public a introduit des procédures par acte d'accusation par suite du rejet, par un juge de la Cour provinciale en vertu de la Partie XXIV du *Code*, de dénonciations dont la formulation était identique à celle de l'acte d'accusation. L'appelant était accusé d'avoir conduit alors que ses facultés étaient affaiblies et d'avoir refusé de fournir un échantillon d'haleine. Le juge McIntyre, qui a exposé les motifs de la Cour, a dit après avoir cité le passage précité de l'arrêt *Riddle*, à la p. 501:

> A mon sens, le juge Dickson n'impose pas par ces mots que l'on invite directement le ministère public à présenter sa preuve avant qu'on puisse dire que la cause est en état et que l'accusé a été mis en péril. Suivant la jurisprudence sur laquelle il s'est fondé dans ses motifs, dès l'inscription d'un plaidoyer devant une cour compétente, l'accusé est en péril.

Plusieurs décisions anglaises ont examiné la question de savoir quand un procès commence. La plus ancienne que je veux citer est *R. v. Faderman*, précitée, dans laquelle le prisonnier a fait valoir que le procès commençait lorsque le prisonnier était invité à enregistrer son plaidoyer. Le baron Parke a dit, à la p. 574:

> [TRADUCTION] En vérité il n'y a pas de procès avant que la cause soit en état. [Cela signifie à mon avis avant que le sort du prisonnier soit confié au jury.]

Le baron Alderson a dit, à la p. 575:

You say the trial begins with the arraignment: how then do you explain the question which is put to the prisoner after arraignment.—How will you be *tried*? At what point in the proceedings did the trial by battle begin?

In *R. v. Craske*, [1957] 2 All E.R. 772, s. 24 of the *Magistrates' Courts Act*, 1952 fell to be considered. The section read:

. . . a magistrates' court, having begun to try an information for any indictable offence summarily, shall not thereafter proceed to inquire into the information as examining justices.

Counsel for the prosecutor contended that when the prisoner elected and pleaded the trial had started and the magistrate had begun to try the case. Lord Goddard C.J. responded, at p. 774:

If one looks at the whole scope of this section, however, the magistrate has not begun to try the case until at any rate he begins to hear the evidence. I cannot think that Parliament, by these sections, meant to create a wholly different state of affairs in magistrates' courts with regard to indictable offences than prevails at an assize or quarter session with regard to indictable offences. A prisoner who is brought up for trial and has had the indictment read to him and who has pleaded is constantly allowed to withdraw his plea, and he can do it before the jury is empanelled. The trial at assizes does not, so it seems to me, begin until the jury is empanelled to try the case and the prisoner is put in charge of the jury.

In *Ibrahim's* case (1957), 42 Cr.App.R. 38, Lord Chief Justice Goddard followed *R. v. Craske* holding, at p. 42, that a magistrate "has not begun to try the case till he begins to hear evidence". See also *R. v. Bennett*, [1960] 1 W.L.R. 102, to the same effect.

As I have earlier indicated, counsel for the accused in the case at bar contended that a jury trial did not commence until, at the earliest, the accused was given in charge of the jury. The Crown relied upon the abbreviated summary of *R. v. Desai*, reported at [1973] Crim.L.R. 36, reading:

[TRADUCTION] Vous dites que le procès commence avec la mise en accusation; comment expliquez-vous alors la question posée au prisonnier après la mise en accusation: Comment voulez-vous être *jugé*? A quel moment des procédures l'affrontement du procès a-t-il commencé?

Dans l'affaire *R. v. Craske*, [1957] 2 All E.R. 772, il fallait examiner l'art. 24 de la *Magistrates' Courts Act* de 1952. Cet article prévoyait:

[TRADUCTION] . . . une cour de magistrat qui a commencé à juger sommairement une dénonciation d'un acte criminel ne peut par la suite faire enquête sur la dénonciation en qualité de juge d'instruction.

Le représentant du ministère public a allégué que lorsque le prisonnier a fait son choix et qu'il a enregistré son plaidoyer, le procès est commencé et le magistrat a commencé à entendre le procès. Le juge en chef lord Goddard a répondu, à la p. 774:

[TRADUCTION] L'examen de la portée globale de cet article indique cependant que le magistrat n'a pas commencé à juger l'affaire avant d'avoir de quelque façon commencé à entendre la preuve. Je ne peux croire que le Parlement a voulu, par ces articles, créer dans les cours de magistrat, à l'égard des actes criminels, une situation entièrement différente de celle qui prévaut à une session des assises ou à une *quarter session* à l'égard des actes criminels. Un prisonnier qui subit son procès, à qui a été lu l'acte d'accusation et qui a enregistré son plaidoyer peut toujours retirer son plaidoyer, et il peut le faire avant la formation du jury. Le procès aux assises ne commence pas, ce me semble, avant que le jury soit formé pour entendre la cause et que le sort du prisonnier soit confié au jury.

Dans l'arrêt *Ibrahim* (1957), 42 Cr.App.R. 38, le juge en chef lord Goddard a suivi l'arrêt *R. v. Craske* et a conclu à la p. 42 qu'un magistrat [TRADUCTION] «n'a pas commencé à juger l'affaire avant de commencer à entendre la preuve». Voir également au même effet l'arrêt *R. v. Bennett*, [1960] 1 W.L.R. 102.

Comme je l'ai déjà indiqué, l'avocat des accusées en l'espèce a fait valoir qu'un procès devant jury commence au plus tôt lorsque le sort de l'accusé est confié au jury. Le ministère public s'appuie sur le bref sommaire de la décision *R. v. Desai*, publié à [1973] Crim.L.R. 36 qui se lit:

Although giving a defendant in charge to the jury is a traditional part of trial procedure it is not an essential part of the trial and failure to do so does not render the trial a nullity.

Following argument on the appeal the Court was furnished with a copy of the entire judgment in *R. v. Desai* from which it appears that the accused was convicted of conspiracy to contravene the provisions of the *Commonwealth Immigrants Act*, 1962 and 1968. One of his complaints was that he had not formally been put in charge of the jury. The Clerk of the Peace merely announced the title of the suit by saying "The Queen against Ebrahim Mohamed Desai", sat down and prosecuting counsel opened the case to the jury.

The Court held:

Technically it appears there was a lacuna in the trial in the sense that what is normally done was not done; but, in the judgment of this Court, this is, though an omission, an omission rather in the character of omitting the allocutus; the cases on that topic indicate that while this is part of the traditional business of the Court, it is not an essential part of the trial and its omission does not involve a re-trial.

I do not think the *Desai* case provides an answer to the contentions of the appellants. The case simply decides that failure to put an accused in the charge of a jury does not render a trial a nullity. The case is not authority for the proposition that the giving of the accused in charge to the jury is a step that no longer exists. Nor is it authority for the question of when a jury trial commences.

Many cases from the provincial courts were cited in argument. I will refer briefly to a number of these cases. The first of these, referred to in the judgments of this court in *Morin* and *Giroux* is *Re Walsh* (1914), 23 C.C.C. 7. Graham E.J. delivered the principal judgment. The issue concerned s. 827 of the *Criminal Code*, 1906, and the right of re-election which might be exercised "at any time before such trial has commenced". The question then to be answered was—when does a trial com-

[TRADUCTION] Même si la remise du sort du défendeur entre les mains du jury constitue une partie traditionnelle du déroulement du procès, ce n'est pas une partie essentielle du procès et l'omission de s'y conformer ne rend pas le procès nul.

Après les plaidoiries, la Cour a reçu une copie du jugement intégral de l'affaire *R. v. Desai* qui indique que l'accusé a été déclaré coupable de complot en vue d'enfreindre les dispositions de la *Commonwealth Immigrants Act*, 1962 et 1968. Un de ses moyens d'appel était que son sort n'avait pas été confié au jury de façon formelle. Le greffier de la paix avait simplement annoncé l'intitulé de l'affaire en disant [TRADUCTION] «La Reine contre Ebrahim Mohamed Desai», s'était assis et le représentant du ministère public avait exposé la cause au jury.

La Cour a conclu:

[TRADUCTION] Techniquement, il paraît y avoir eu une lacune au procès en ce sens que ce qui se fait habituellement ne l'a pas été; mais, de l'avis de cette Cour, bien qu'il s'agisse d'une omission, c'est plutôt une omission qui porte sur l'oubli de l'allocution; la jurisprudence sur ce sujet indique que bien que cela fasse partie de la tradition de la Cour, ce n'est pas une partie essentielle du procès et l'omission de cette étape n'entraîne pas la nécessité de tenir un nouveau procès.

Je ne crois pas que l'arrêt *Desai* constitue une réponse aux prétentions des appelantes. Cet arrêt décide simplement qu'omettre de confier le sort de l'accusé au jury ne rend pas le procès nul. Cet arrêt ne permet pas de dire que la remise du sort de l'accusé entre les mains du jury est une étape du procès qui n'existe plus. Il ne répond pas non plus à la question de savoir quand commence un procès devant jury.

Plusieurs décisions des cours provinciales ont été citées au cours des plaidoiries. Je vais mentionner brièvement certaines de ces décisions. La première, mentionnée dans les arrêts de cette Cour *Morin* et *Giroux*, est celle de l'affaire *Walsh* (1914), 23 C.C.C. 7. Le juge Graham a rendu le jugement principal. Il s'agissait de l'art. 827 du *Code criminel* de 1906 et du droit de faire un nouveau choix qui pouvait être exercé «en tout temps avant le commencement du procès». Il fallait donc répondre

mence? Graham E.J., at p. 17, referred to Story J. in *United States v. Curtis*, 4 Mason 232 at 236:

> Now, in the sense of the common law the arraignment of the prisoner constitutes no part of the trial. It is a preliminary proceeding and, until the party has pleaded, it cannot be ascertained whether there will be any trial or not. The elementary books are full to this purpose.

and, at p. 18, to Blackstone, quoting Lord Hale:

> In short, so far as authorities or reasoning or forms go, there can be no legal doubt that, by the term "trial," is generally intended in the law, the actual trial of the prisoner by jury.

The Alberta Supreme Court in *R. v. Miller* (1958), 120 C.C.C. 335, interpreted s. 697 of the *Criminal Code* which permitted a summary conviction court, "at any time before the trial" to waive jurisdiction over the proceedings in favour of another summary conviction court. Johnson J.A. said, at p. 339, "There is no doubt that "trial" begins with the hearing of the evidence." On the other hand, in the Quebec decision, *Clement v. The Queen* (1955), 22 C.R. 290, another election case, the court would seem to have been of the view that the trial commences after a plea of not guilty.

*R. v. Emkeit* (1971), 3 C.C.C. (2d) 309, is a useful case because s. 553 (now s. 573), the section of the *Code* under consideration in the present case, was under study. The jury was chosen and sworn, and the accused was put in their charge. Sometime later, before counsel for the Crown had opened the case, the trial judge discharged one of the twelve jurors pursuant to then s. 553 and the question was whether the juryman was discharged in the course of the trial or prior thereto, or in other words, when did the trial commence. Smith C.J.A. delivering the judgment of the Court held that the trial commenced when the jury was sworn and the accused was given in charge to the jury. Discharge of the juror was therefore made in the "course of the trial" and the trial judge was entitled to do this.

à la question: quand commence un procès? Le juge Graham a cité, à la p. 17, les motifs du juge Story dans l'affaire *United States v. Curtis*, 4 Mason 232, à la p. 236:

> [TRADUCTION] Or, au sens de la *common law*, la mise en accusation du prisonnier ne fait pas partie du procès. C'est une procédure préliminaire et, jusqu'à ce que la partie ait enregistré un plaidoyer, on ne peut être certain qu'il y aura un procès. C'est ce que disent tous les ouvrages de base.

Il a également cité, à la p. 18, les motifs suivants de lord Hale cités par Blackstone:

> [TRADUCTION] Brièvement, pour ce qui est de la jurisprudence, de la doctrine et des formes, il est indubitable qu'en droit, le terme «procès» signifie généralement le procès même du prisonnier devant jury.

Dans l'arrêt *R. v. Miller* (1958), 120 C.C.C. 335, la Cour suprême de l'Alberta a interprété l'art. 697 du *Code criminel* qui permettait à une cour des poursuites sommaires, «à tout moment avant le procès», de renoncer à sa juridiction sur les procédures en faveur d'une autre cour des poursuites sommaires. Le juge Johnson a dit à la p. 339: [TRADUCTION] «Il n'y a pas de doute que le «procès» commence avec l'audition de la preuve». Par contre, dans l'affaire *Clement v. The Queen* (1955), 22 C.R. 290, une autre affaire de choix de procès, la cour semble avoir été d'avis que le procès commence après le plaidoyer de non-culpabilité.

L'arrêt *R. v. Emkeit* (1971), 3 C.C.C. (2d) 309, est utile en l'espèce parce qu'il porte sur l'examen de l'art. 553 (maintenant l'art. 573), l'article du *Code* en cause ici. Les jurés avaient été choisis et avaient prêté serment et le sort de l'accusé leur avait été confié. Par la suite, avant que le substitut du procureur général commence son exposé, le juge du procès a libéré un des douze jurés conformément à l'art. 553, et la question était de savoir si le juré était libéré au cours du procès ou avant celui-ci ou, en d'autres mots, quand le procès a-t-il commencé? Le juge en chef Smith a rendu l'arrêt de la Cour d'appel et a conclu que le procès commence lorsque le jury a prêté serment et que le sort de l'accusé lui est confié. En conséquence, le juré avait été libéré «au cours du procès», ce que le juge du procès avait le droit de faire.

In *R. v. Hatton* (1978), 39 C.C.C. (2d) 281, Martin J.A. delivered the judgment of the Court and, in the course of doing so, referred (at p. 289) to the "well-established rule that a trial by jury commences when the accused is given in charge to the jury". *Emkeit, Morin* and *Dennis* were quoted in support of this proposition. The Alberta Supreme Court, Appellate Division, in *R. v. Blair and Karashowsky* (1975), 25 C.C.C. (2d) 47, held that at the moment when a prisoner is given in charge the trial commences. In *R. v. Parker* (1981), 62 C.C.C. (2d) 161, another discharge of a juror case, DuPont J. held at p. 163 that s. 573(1) "contemplates discharge after the empanelling of a complete jury and after the accused are given in the jury's charge".

III

Conclusion

The question of fixing the time of the commencement of a jury trial has been the subject of some difficulty in the past. It seems possible, however, on the authorities and on principle to reach the following conclusions.

First, the time of commencement of a jury trial will vary according to the circumstances and the language of the section of the *Criminal Code* being applied. Thus, the word "trial" in s. 577(1) which assures the accused the right to be present "during the whole of his trial" will be liberally construed to afford the accused the right to be present during the selection of the jury. In like manner, the word "trial" in s. 566 which denies the prosecutor the right to direct a juror to stand by on the trial of an indictment for the publication of a defamatory libel will be interpreted to embrace the proceedings preceding the empanelling of the jury. In other sections "trial" may have a different connotation depending upon the section of the *Code* being applied.

Second, subject to s. 573 an accused in a criminal jury trial is entitled to be tried by twelve jurors (ss. 560(5) and 572(1) of the *Code*). He is entitled to the unanimous verdict of the twelve jurors unless and until "in the course of a trial", that is to say, after it has commenced, the judge is satisfied

Dans l'arrêt *R. v. Hatton* (1978), 39 C.C.C. (2d) 281, le juge Martin a rendu l'arrêt de la Cour d'appel et il a mentionné dans ses motifs (à la p. 289) [TRADUCTION] «la règle constante portant que le procès devant jury commence lorsque le sort de l'accusé est confié au jury». Il a cité à l'appui les arrêts *Emkeit, Morin* et *Dennis*. Dans l'arrêt *R. v. Blair and Karashowsky* (1975), 25 C.C.C. (2d) 47, la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta a décidé que le procès commence lorsque le sort d'un prisonnier est confié au jury. Dans *R. v. Parker* (1981), 62 C.C.C. (2d) 161, une autre affaire de libération d'un juré, le juge DuPont a conclu, à la p. 163, que le par. 573(1) [TRADUCTION] «envisage la libération après que tous les jurés ont été choisis et que le sort des accusés est confié au jury».

III

Conclusion

La question du moment où commence un procès devant jury a soulevé des difficultés dans le passé. Il semble cependant possible, en suivant la jurisprudence et les principes admis, d'aboutir aux conclusions suivantes.

Premièrement, le moment du début d'un procès devant jury peut varier suivant les circonstances et le texte de l'article du *Code criminel* qui s'applique. Ainsi, le terme «procès» au par. 577(1) qui assure à l'accusé le droit d'être présent «pendant tout son procès» sera interprété de façon libérale pour donner à l'accusé le droit d'être présent pendant le choix des jurés. De même, le terme «procès» à l'art. 566 qui interdit au poursuivant d'ordonner la mise à l'écart d'un juré dans un procès sur un acte d'accusation pour la publication d'un libelle diffamatoire sera interprété de manière à comprendre les procédures qui précèdent la formation du jury. Dans d'autres articles, «procès» peut avoir une connotation différente selon l'article du *Code* qui s'applique.

Deuxièmement, sous réserve de l'art. 573, un accusé dans un procès devant jury pour une infraction criminelle a le droit d'être jugé par douze jurés (par. 560(5) et 572(1) du *Code*). Il a droit à un verdict unanime des douze jurés à moins que «au cours d'un procès», c'est-à-dire après que le

that a juror should not, because of illness or other reasonable cause, continue to act.

Third, as counsel for the appellant Basarabas submits, s. 573(2) of the *Criminal Code* is a provision that provides a practical cure for the difficulties inherent in having to discharge a jury after it has commenced to hear the evidence and, in so far as this section deprives the accused of his common law right to the unanimous verdict of twelve persons, it should be narrowly construed; there is no good reason for denying an accused a full jury where no evidence has been led. An accused should not be lightly deprived of his or her right to be tried by a jury of twelve persons. It would be undesirable to start a trial with less than that number. As counsel submitted, s. 573 of the *Code* provides a mechanism whereby jurors can be replaced simply and easily to maintain a full jury as late in the proceedings as is consistent with fairness to the parties. To advance in time the stage when the trial is forced to proceed with one juror missing, beyond that required by common sense and the plain language of the *Code*, is to increase the likelihood, in a lengthy trial, should other jurors fall ill, that mistrials will have to be declared the requisite number of jurors is lacking.

Fourth, the words "continue to act" in s. 573(1) suggest that the jury has been acting, *qua* jury before the discharge of a juror pursuant to s. 573. Until the accused is placed in the jury's charge, and the jury is advised of the charge and the plea and of their duty to inquire whether the accused is guilty or not guilty of the offence charged, it cannot be said that the jury is acting *qua* jury.

Finally, the weight of authority supports the position of the accused that a jury trial commences when the accused has been placed in charge of the jury. Canadian courts have frequently cited the judgment of Ritchie C.J. in support of a narrow interpretation of the word "trial" in respect of a jury trial.

procès a commencé, le juge soit convaincu qu'un juré ne doit pas continuer à siéger par suite de maladie ou pour une autre cause raisonnable.

Troisièmement, comme le soutient l'avocat de l'appelante Basarabas, le par. 573(2) du *Code criminel* est une disposition qui prévoit une solution pratique aux difficultés que soulève l'obligation de libérer un jury après qu'il a commencé à entendre la preuve et, dans la mesure où cet article prive l'accusé du droit au verdict unanime de douze personnes, que lui accorde la *common law*, il doit être interprété restrictivement; il n'y a aucune raison valable de refuser à un accusé un jury complet lorsque aucune preuve n'a été faite. Un accusé ne doit pas être privé à la légère de son droit d'être jugé par un jury de douze personnes. Il n'est pas souhaitable de commencer un procès avec moins de douze jurés. Comme l'a fait valoir l'avocat, l'art. 573 du *Code* prévoit un mécanisme par lequel des jurés peuvent être remplacés simplement et facilement pour conserver un jury complet aussi longtemps au cours du procès que cela est compatible avec l'équité envers les parties. Hâter l'étape à laquelle le procès doit nécessairement se poursuivre avec un juré en moins, en deçà de ce qu'exigent le bon sens et les termes clairs du *Code*, équivaut à accroître la possibilité, dans un long procès, que si d'autres jurés tombent malades, le procès doive être annulé parce qu'il n'y a pas le nombre de jurés requis.

Quatrièmement, les termes «continuer à siéger» au par. 573(1) laissent entendre que le jury a déjà siégé en tant que jury avant la libération d'un juré conformément à l'art. 573. On ne peut pas dire que le jury siège en tant que jury avant que le sort de l'accusé lui soit confié, et qu'il soit informé de l'accusation, du plaidoyer et de son devoir de chercher à savoir si l'accusé est coupable ou non coupable de l'infraction portée contre lui.

Enfin, la jurisprudence dominante appuie le point de vue des accusées qu'un procès devant jury commence lorsque le sort de l'accusé lui a été confié. Les cours canadiennes ont souvent cité les motifs du juge en chef Ritchie en faveur d'une interprétation stricte du terme «procès» à l'égard d'un procès devant jury.

It is for these reasons the Court concluded that the Court of Appeal of British Columbia had erred in its interpretation of s. 573(1) and s. 573(2) of the *Criminal Code* and that a new trial should be ordered.

*Appeals allowed.*

*Solicitors for the appellant Mary Evangeline Basarabas: Fraser and Leask, Vancouver.*

*Solicitors for the appellant Jenny Louise Spek: Ruby and Edwardh, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Doust and Smith, Vancouver.*

C'est pour ces motifs que la Cour a conclu que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a interprété de façon erronée les par. 573(1) et 573(2) du *Code criminel* et qu'un nouveau procès doit être ordonné.

*Pourvois accueillis.*

*Procureurs de l'appelante Mary Evangeline Basarabas: Fraser et Leask, Vancouver.*

*Procureurs de l'appelante Jenny Louise Spek: Ruby et Edwardh, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée: Doust et Smith, Vancouver.*

**Barbara Anne Leatherdale** *Appellant*;

and

**Douglas Gordon Leatherdale** *Respondent.*

File No.: 16442.

1982: March 22; 1982: December 6.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Matrimonial law — Division of family property and non-family property — Constructive trust — Resulting trust — The Family Law Reform Act, 1978 (Ont.), c. 2, ss. 4, 8.*

The parties after nineteen years of marriage separated and reached a settlement on family assets. What remained at issue was non-family assets consisting of a registered retirement saving plan as well as a number of shares in Bell Canada which the husband had purchased by way of payroll deductions. At trial, the wife was awarded $20,000 representing not quite half of the non-family assets, the award being made under s. 8 (*a*) of *The Family Law Reform Act*. The Court of Appeal set the award aside holding that it could not be brought within s. 8. The appellant wife seeks in this Court to have the award restored under s. 8 or s. 4(6) of the Act or under applicable equitable principles (of resulting trust or constructive trust).

*Held* (Estey J. dissenting in part): The appeal should be allowed.

*Per* Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre and Chouinard JJ.: Section 4 of *The Family Law Reform Act* comes into play upon the dissolution or breakdown of a marriage. It provides in subs. (1) for a *prima facie* equal division of family assets between the spouses. Subsection (4) then empowers the court, upon a consideration of the factors set out in that subsection, to make a division of family assets which is not equal. Subsection (6) empowers the court to have recourse to non-family assets if a division limited to family assets would be inequitable, having regard to the total assets, family and non-family, held by the parties or either of them. The purpose of the division contemplated in s. 4 is set out in subs. (5).

**Barbara Anne Leatherdale** *Appelante*;

et

**Douglas Gordon Leatherdale** *Intimé.*

N° du greffe: 16442.

1982: 22 mars; 1982: 6 décembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit matrimonial — Partage des biens familiaux et des biens autres que familiaux — Fiducie virtuelle — Fiducie présumée — Loi sur la réforme du droit familial, 1978 (Ont.), chap. 2, art. 4, 8.*

Les parties, s'étant séparées après dix-neuf ans de mariage, en sont venues à une entente relativement aux biens familiaux. Il restait donc à décider du sort des biens autres que familiaux consistant en un régime enregistré d'épargne-retraite et un certain nombre d'actions de Bell Canada que le mari avait achetées au moyen de retenues sur sa paie. En première instance un montant de $ 20,000 a été accordé à la femme en vertu de l'al. 8*a*) de la *Loi sur la réforme du droit familial*, ce qui ne représente pas tout à fait la moitié de la valeur des biens autres que familiaux. La Cour d'appel s'est appuyée sur l'inapplicabilité de l'art. 8 pour infirmer la décision accordant les $ 20,000. L'appelante essaie en cette Cour d'obtenir le rétablissement de la décision de première instance soit en vertu de l'art. 8 ou du par. 4(6) de la Loi, soit par l'application des principes de l'*equity* (de fiducie présumée ou de fiducie virtuelle).

*Arrêt* (le juge Estey est dissident en partie): Le pourvoi est accueilli.

*Le* juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre et Chouinard: L'article 4 de la *Loi sur la réforme du droit familial* s'applique dès lors qu'il y a dissolution ou rupture du mariage. Son paragraphe (1) prévoit en principe le partage en parts égales des biens familiaux entre les conjoints. Aux termes du par. (4), la cour peut, après avoir pris en considération les facteurs énoncés dans ce paragraphe, prononcer un partage en parts inégales. Le paragraphe (6) habilite la cour à partager les biens autres que familiaux dans le cas où le partage des seuls biens familiaux serait inéquitable, compte tenu de l'ensemble des biens, familiaux et autres que familiaux, détenus par l'une ou l'autre partie ou les deux. C'est le par. (5) qui énonce l'objet du partage visé à l'art. 4.

Section 8 has a separate purpose from that of s. 4. It deals with non-family assets or with the *residuum* thereof should any order be made under subs. 4(6) and provides a means for the determination of the relative proprietary interest of the spouses in assets classed as non-family assets. The relative interest must be determined on the basis of degree of contribution made in work, money, or money's worth in respect of the acquisition, management, maintenance, operation or improvement attributable to the respective spouses. Such contribution may not be based upon the considerations mentioned in s. 4(6)(*b*)(ii) which are subsumed in the determination of the equitable division under s. 4. Section 8 may be invoked at any time, not only on dissolution or break-up of marriage, and can settle the ownership of, or title to, assets, not on the basis of the marriage relationship but on the simple basis of contribution of the parties without regard to the fact of marriage.

The wife's contribution extended about half their marriage and therefore she is entitled to a share in the non-family assets in the amount of $10,000 rather than the $20,000 awarded at trial.

Further the disposition made here on the basis of specific statutory provisions of the only assets in issue leaves no room to consider the application of constructive or resulting trusts.

*Per* Estey J., *dissenting in part*: Both s. 8(*a*) and s. 4(6)(*b*)(ii) form a proper foundation for the division of the said assets determined by the trial judge. These two sections should not be read as competitive or watertight divisions of the Act, both being aimed at the overall settlement of differences in the family over property matters on a fair and equitable basis.

In order to be entitled to an award under s. 8, it is not necessary for the spouse or former spouse to identify a specific item of "property, other than family assets", to which he or she has made a contribution of work, money or money's worth. It is enough if he or she has made such a contribution in respect of any of the non-family assets. Such a contribution was made by the appellant. The award in her favour can also be supported under s. 4(6)(*b*)(ii) since her participation in the joint venture of marriage enabled the respondent to acquire the assets in question, which they intended to be for their common retirement.

[*Page v. Page* (1980), 19 R.F.L. (2d) 135 considered; *Weir v. Weir* (1978), 23 O.R. (2d) 765; *O'Reilly v. O'Reilly* (1979), 23 O.R. (2d) 776, distinguished; *Nuti v. Nuti* (1980), 28 O.R. (2d) 102; *Silverstein v. Silver-*

L'objet de l'art. 8 est distinct de celui de l'art. 4. Non seulement l'art. 8 porte sur le sort de biens autres que familiaux ou sur celui de ce qui en reste si une ordonnance est rendue en vertu du par. 4(6), mais il fournit aussi un moyen de déterminer les droits de propriété relatifs des conjoints sur les biens autres que familiaux. Cette détermination doit se fonder sur l'apport respectif des conjoints en travail, en argent ou évaluable en argent à l'acquisition, à la gestion, à l'entretien, à l'exploitation ou à l'amélioration de biens. Il ne s'agit nullement d'appliquer à cet apport les considérations énoncées au sous-al. 4(6)*b*)(ii), car celles-ci visent à assurer un partage équitable en vertu de l'art. 4. L'article 8 peut être invoqué à n'importe quel moment et non pas uniquement en cas de dissolution ou de rupture du mariage; il permet d'établir à qui revient la propriété de tel ou tel bien, non pas en fonction des rapports conjugaux mais simplement en fonction de l'apport des parties, sans tenir compte de l'existence du mariage.

Puisque la contribution de la femme s'étendait sur environ la moitié de la durée du mariage, au lieu des $ 20,000 accordés en première instance, elle a droit à une part de $ 10,000 dans les biens autres que familiaux.

De plus, la distribution des seuls biens ici en cause a été faite sur le fondement de dispositions précises de la Loi et il n'y a donc pas lieu d'étudier l'applicabilité des notions de fiducie virtuelle ou de fiducie présumée.

*Le* juge Estey, *dissident en partie*: Aussi bien l'al. 8*a*) que le sous-al. 4(6)*b*)(ii) peuvent légitimement fonder le partage des biens en cause qu'a fait le juge de première instance. Il n'y a pas de cloison étanche entre ces deux dispositions de la Loi et il n'y a pas non plus concurrence entre elles. Elles visent l'une et l'autre au règlement complet, conformément aux exigences de la justice et de l'équité, des différends familiaux relatifs aux biens.

Pour qu'il ait droit à un versement en vertu de l'art. 8, il n'est pas nécessaire que le conjoint ou l'ex-conjoint précise un «bien autre que familial» à l'acquisition duquel il a fait un apport en travail, en argent ou qui s'évalue en argent. Il suffit qu'il ait fait un tel apport à l'acquisition de biens autres que familiaux. C'est le cas de l'appelante. La décision en sa faveur peut également se fonder sur le sous-al. 4(6)*b*)(ii) parce que son apport au mariage a permis à l'intimé d'acquérir les biens en cause qui devaient servir de fonds de retraite commun.

[Jurisprudence: arrêt examiné: *Page v. Page* (1980), 19 R.F.L. (2d) 135; distinction faite avec les arrêts: *Weir v. Weir* (1978), 23 O.R. (2d) 765; *O'Reilly v. O'Reilly* (1979), 23 O.R. (2d) 776; arrêts mentionnés:

*stein* (1978), 20 O.R. (2d) 185; *Bregman v. Bregman* (1978), 21 O.R. (2d) 722, aff'd (1979), 25 O.R. (2d) 254; *Peterson v. Peterson* (1980), 20 R.F.L. (2d) 1; *Re Young and Young* (1981), 32 O.R. (2d) 19 referred to.]

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1980), 118 D.L.R. (3d) 72, 31 O.R. (2d) 141, 19 R.F.L. (2d) 148, reversing a judgment of J. Holland J. Appeal allowed, Estey J. dissenting in part.

*Linda S. Dranoff*, for the appellant.

*Brian J. Hornsby*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre and Chouinard JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—*The Family Law Reform Act* of Ontario, 1978 (Ont.), c. 2, deals separately and differently with family assets (as defined) and non-family assets. Notwithstanding the separate and different dealing, there is yet a relationship between them when the Court comes to consider what shares of each class may be properly alloted to the one spouse or to the other.

In the present case, which is here by leave of this Court on appeal from a judgment of the Ontario Court of Appeal, the spouses (who separated after nineteen years of marriage) reached a settlement on family assets, principally the matrimonial home. It was sold and the proceeds divided equally between them. What remained in issue were shares of Bell Canada held by the husband, a Bell employee, in his name, shares which were purchased by him under a payroll deduction plan. Also in issue was the value of an R.R.S.P., a registered retirement savings plan, also held by the husband. The trial judge, John Holland J., awarded the wife a $20,000 interest in these two assets which were acquired by the husband during the marriage. The $20,000 represented not quite half of the value of the Bell shares and of the R.R.S.P. The award was made under s. 8(*a*) of the Act. The Court of Appeal, speaking through Lacourcière J.A., set aside the award, holding that it could not be brought within s. 8. The appellant wife now seeks in this Court to have the award

*Nuti v. Nuti* (1980), 28 O.R. (2d) 102; *Silverstein v. Silverstein* (1978), 20 O.R. (2d) 185; *Bregman v. Bregman* (1978), 21 O.R. (2d) 722, confirmé par (1979), 25 O.R. (2d) 254; *Peterson v. Peterson* (1980), 20 R.F.L. (2d) 1; *Re Young and Young* (1981), 32 O.R. (2d) 19.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1980), 118 D.L.R. (3d) 72, 31 O.R. (2d) 141, 19 R.F.L. (2d) 148, qui a infirmé un jugement du juge J. Holland. Pourvoi accueilli, le juge Estey est dissident en partie.

*Linda S. Dranoff*, pour l'appelante.

*Brian J. Hornsby*, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre et Chouinard rendu par

LE JUGE EN CHEF—La *Loi sur la réforme du droit familial*, 1978 (Ont.), chap. 2, traite de façon distincte et différente des biens familiaux, tels qu'elle les définit, et des biens autres que familiaux. Malgré cela, il existe un rapport entre les deux, ce qui devient apparent lorsqu'une cour est appelée à déterminer quelle part dans chacune de ces catégories peut à bon droit être accordée à l'un ou l'autre conjoint.

Dans la présente affaire, dont nous sommes saisis par suite d'une autorisation d'en appeler d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, les conjoints (qui se sont séparés après dix-neuf années de mariage) en sont venus à une entente relativement aux biens familiaux, et principalement au foyer conjugal. Celui-ci ayant été vendu, il y a eu partage égal du produit entre les conjoints. Il reste donc à décider du sort d'actions de Bell Canada que le mari, employé de Bell, détient en son propre nom et qu'il a achetées au moyen de retenues sur sa paie. Le litige porte également sur la valeur d'un R.E.E.R., c'est-à-dire un régime enregistré d'épargne-retraite, appartenant lui aussi au mari. En première instance, le juge John Holland a accordé à la femme une part de $20,000 dans ces deux biens acquis par le mari au cours du mariage. Ce montant, alloué en vertu de l'al. 8*a*) de la Loi, ne représente pas tout à fait la moitié de la valeur. La Cour d'appel, par la voix du juge Lacourcière, s'est appuyée sur l'inapplicabilité de l'art. 8 pour infirmer la décision. L'appelante essaie maintenant

restored, either under s. 8 or under s. 4(6) or under applicable equitable (common law) principles (of resulting trust or constructive trust) which, she alleges, are not superseded or negated by the Act.

The trial judge also made an order for support against the husband in favour of the wife and of their fifteen year old son in the amount of $700 per month, each to have half of this sum. The order as limited by the trial judge was sustained on appeal in its very terms and is not in issue in this appeal.

Relevant Provisions of *The Family Law Reform Act*

"Family assets" are defined in s. 3(*b*) of the Act but it is unnecessary to set out the lengthy definition since nothing in this case turns on it. The applicable provisions here are ss. 4 and 8. It will give perspective to the Act to set out also its preamble which is as follows:

WHEREAS, it is desirable to encourage and strengthen the role of the family in society;

AND WHEREAS for that purpose it is necessary to recognize the equal position of spouses as individuals within marriage and to recognize marriage as a form of partnership;

AND WHEREAS in support of such recognition it is necessary to provide in law for the orderly and equitable settlement of the affairs of the spouses upon the breakdown of the partnership; and to provide for other mutual obligations in family relationships, including the equitable sharing by parents of responsibility for their children:

The key sections 4 and 8 are in these terms:

**4.**—(1) Subject to subsection (4), where a decree *nisi* of divorce is pronounced or a marriage is declared a nullity or where the spouses are separated and there is no reasonable prospect of the resumption of cohabitation, each spouse is entitled to have the family assets divided in equal shares notwithstanding the ownership of the assets by the spouses as determinable for other purposes and notwithstanding any order under section 7.

(2) The court may, upon the application of a person who is the spouse of another, determine any matter respecting the division of family assets between them.

devant cette Cour d'obtenir le rétablissement de la décision de première instance soit en vertu de l'art. 8 ou du par. 4(6), soit par application des principes d'*equity* de la fiducie présumée ou de la fiducie virtuelle, principes que, allègue-t-elle, la Loi ne remplace pas ni ne neutralise.

Le premier juge a également rendu contre le mari une ordonnance alimentaire par laquelle celui-ci est tenu à un versement mensuel de $700 à sa femme et à leur fils âgé de quinze ans, chacun devant en recevoir la moitié. Cette ordonnance du premier juge a été confirmée telle quelle en appel et n'est pas en question devant nous.

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur la réforme du droit familial*

L'alinéa 3*b*) de la Loi contient une longue définition des mots «bien familial», mais il n'est pas nécessaire de la reproduire ici, car elle n'a aucune incidence en l'espèce. Les dispositions applicables sont les art. 4 et 8. Pour replacer la Loi dans son contexte, il convient d'en reprendre également le préambule dont voici le texte:

ATTENDU qu'il est opportun de promouvoir et de consolider le rôle de la famille au sein de la société.

ATTENDU qu'il est nécessaire pour atteindre ce but de reconnaître l'égalité des conjoints dans le mariage, et de reconnaître au mariage la qualité de société.

ATTENDU que cette reconnaissance doit s'étayer de dispositions légales qui prévoient le règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints en cas d'échec de cette société et qui définissent en outre les obligations réciproques et partagées inhérentes aux rapports familiaux, y compris la participation équitable de chaque conjoint aux responsabilités parentales.

Les articles-clés 4 et 8 sont ainsi rédigés:

**4.**—(1) Le jugement conditionnel de divorce, le jugement de nullité du mariage et la séparation de corps lorsque la réconciliation est peu probable ouvrent droit au partage des biens familiaux entre les conjoints. Ne font pas obstacle au partage la reconnaissance à d'autres fins de la propriété de l'un ou l'autre, ni l'ordonnance rendue en vertu de l'article 7. Sous réserve du paragraphe (4) le partage se fait en parts égales.

(2) A la requête de l'un des conjoints la cour peut régler les modalités du partage.

(3) The rights under subsection (1) are personal as between the spouses but any application commenced under subsection (2) before the death of a spouse may be continued by or against the estate of the deceased spouse.

(4) The court may make a division of family assets resulting in shares that are not equal where the court is of the opinion that a division of the family assets in equal shares would be inequitable, having regard to,

(*a*) any agreement other than a domestic contract;

(*b*) the duration of the period of cohabitation under the marriage;

(*c*) the duration of the period during which the spouses have lived separate and apart;

(*d*) the date when the property was acquired;

(*e*) the extent to which property was acquired by one spouse by inheritance or by gift; or

(*f*) any other circumstance relating to the acquisition, disposition, preservation, maintenance, improvement or use of property rendering it inequitable for the division of family assets to be in equal shares.

(5) The purpose of this section is to recognize that child care, household management and financial provision are the joint responsibilities of the spouses and that inherent in the marital relationship there is joint contribution, whether financial or otherwise, by the spouses to the assumption of these responsibilities, entitling each spouse to an equal division of the family assets, subject to the equitable considerations set out in subsections (4) and (6).

(6) The court shall make a division of any property that is not a family asset where,

(*a*) a spouse has unreasonably impoverished the family assets; or

(*b*) the result of a division of the family assets would be inequitable in all the circumstances, having regard to,

(i) the considerations set out in clauses (4)(*a*) to (*f*), and

(ii) the effect of the assumption by one spouse of any of the responsibilities set out in subsection (5) on the ability of the other spouse to acquire, manage, maintain, operate or improve property that is not a family asset.

. . .

**8.** Where one spouse or former spouse has contributed work, money or money's worth in respect of the acquisition, management, maintenance, operation or improve-

(3) La demande en partage ne revient qu'aux conjoints. Toutefois, l'instance commencée du vivant d'un conjoint peut être continuée par ou contre sa succession.

(4) La cour peut prononcer un partage en parts inégales si elle est d'avis que le partage en parts égales serait inéquitable compte tenu des facteurs suivants:

*a*) les accords autres qu'un contrat familial;

*b*) la durée de la cohabitation en mariage;

*c*) la durée de la séparation de corps;

*d*) la date d'acquisition des biens;

*e*) le droit dans un bien acquis par l'un des conjoints par succession ou par donation entre vifs;

*f*) toute autre circonstance ayant trait à l'acquisition, à la disposition, à la conservation, à l'entretien, à l'amélioration ou à l'usage d'un bien qui rendrait inéquitable le partage en parts égales.

(5) Le présent article vise à donner effet au caractère commun des charges familiales relatives aux enfants, à la gestion du foyer, à la contribution aux revenus et de la responsabilité, implicite au mariage, de pourvoir à ces charges. Cette communauté du passif fonde le partage en parts égales de l'actif, sous réserve des considérations énoncées aux paragraphes (4) et (6).

(6) La cour partage un bien autre que familial pour l'un des motifs suivants:

*a*) l'épuisement anormal des biens familiaux par l'un des conjoints;

*b*) le résultat du partage des seuls biens familiaux serait inéquitable, compte tenu:

(i) des facteurs énoncés aux alinéas (4)*a*) à *f*),

(ii) du fait que l'un des conjoints, en prenant sur lui une partie des responsabilités énoncées au paragraphe (5), a permis à l'autre de se livrer à l'acquisition, à la gestion, à l'entretien, à l'exploitation ou à l'amélioration d'un bien autre que familial.

. . .

**8.** Sur demande d'un conjoint ou d'un ancien conjoint qui a fait un apport en travail, en argent ou qui s'évalue en argent à l'acquisition, à la gestion, à l'entretien, à

ment of property, other than family assets, in which the other has or had an interest, upon application, the court may by order,

(*a*) direct the payment of an amount in compensation therefor; or

(*b*) award a share of the interest of the other spouse or former spouse in the property appropriate to the contribution,

and the court shall determine and assess the contribution without regard to the relationship of husband and wife or the fact that the acts constituting the contribution are those of a reasonable spouse of that sex in the circumstances.

l'exploitation ou à l'amélioration d'un bien autre que familial auquel l'autre conjoint a ou avait droit, la cour peut:

*a*) ordonner un versement compensatoire;

*b*) attribuer au demandeur une part du droit de l'autre conjoint de valeur équivalente à son apport.

La cour évalue l'apport comme si les parties n'étaient pas conjoints, et sans tenir compte du fait qu'un conjoint de ce sexe ferait normalement cet apport.

Relevant Facts

The parties married in September, 1959 and separated in May, 1978. Although they reached a settlement on the distribution of family assets, namely the matrimonial home and other household items, the unresolved claim of the wife to a share of the Bell Canada shares and of the R.R.S.P. appeared to cloud the equitable disposition of the family assets. The husband, an employee of Bell Canada, had acquired the Bell Canada shares under a payroll deduction plan, and at the time of the action there were 2,001 shares of which 93 shares (all being the result of a split) were acquired before the marriage and some after the separation. It is only those acquired during the marriage, with a value of $39,519.70, that are in issue here. The R.R.S.P., with a value of some $10,000, was also acquired during the marriage and, like the Bell Canada shares, stood in the husband's name.

The wife had worked in a bank prior to the marriage and continued to work there afterwards. She left the bank in 1965 when a child was born to the couple and did not resume her job in the bank until 1975. In the ten-year interval, she attended to the child and carried out normal household duties. Her bank earnings were used for family purposes. This was not totally so, however, with respect to an inheritance of some $14,000 which she realized during the marriage. Of this sum, she used about $4,000 for family purposes and retained the balance in her own name.

Les faits pertinents

Le mariage des parties a eu lieu en septembre 1959 et elles se sont séparées en mai 1978. Bien qu'elles en soient venues à une entente relativement à la distribution des biens familiaux, savoir le foyer conjugal et d'autres articles ménagers, la distribution des biens familiaux n'a pas paru suffisamment équitable à la femme, vu le refus opposé à sa réclamation d'une part dans les actions de Bell Canada et dans le R.E.E.R. Le mari, employé de Bell Canada, avait acquis des actions de cette société au moyen de retenues sur sa paie; au moment où l'instance a été introduite, il y avait 2,001 actions dont 93 (résultant toutes d'un fractionnement) avaient été acquises avant le mariage et d'autres après la séparation. Seules sont ici en cause celles acquises pendant le mariage, dont la valeur s'élève à $39,519.70. Le R.E.E.R., valant quelque $10,000, a également été acquis pendant le mariage et, comme les actions de Bell Canada, était au nom du mari.

Employée d'une banque avant de se marier, la femme a continué à y travailler par la suite. Elle a quitté la banque en 1965 après avoir donné naissance à un enfant et n'a réintégré son poste qu'en 1975. Pendant cet intervalle de dix ans, elle a pris soin de l'enfant et accompli les travaux ménagers habituels. Elle a consacré à la famille le revenu provenant de son emploi à la banque. Il n'en a pas été tout à fait de même cependant de l'héritage de quelque $14,000 qu'elle a reçu au cours du mariage. De ce montant, elle a consacré environ $4,000 à la famille et a gardé le solde en son propre nom.

The husband too gained an inheritance during the marriage, but it was a smaller sum, all of which he brought into the family.

The Reasons of John Holland J.

The trial judge delivered judgment after conclusion of the evidence. He found on the evidence that there was a true pooling of duties and assets for the benefit of the spouses, the wife working at a bank and doing the usual duties about the house and caring for their son and the husband working at the Bell Telephone Company and looking after various matters around the house.

The trial judge found, in his words, that the two contested assets, the Bell Canada shares and the R.R.S.P., "acquired after marriage and up to separation were so acquired by reason of the joint and pooled efforts, both financial and otherwise, of each of these two persons". In his view, the husband's financial ability to acquire any assets during the marriage was directly and substantially contributed to by his wife's work, both outside and in the house; there was truly a pooling of finances and efforts. He attributed 1,800 of the Bell Canada shares to those to which the wife had made a substantial contribution and attributed the whole of the R.R.S.P. in the same way.

The approximate value of the shares and R.R.S.P. would be, according to the trial judge, in excess of $50,000. Although holding that it mattered little whether he considered the assets family assets as defined in s. 3 of the Act or non-family assets as dealt with under s. 8, he directed that the wife be awarded the sum of $20,000 under s. 8(*a*) respecting her interest, an approximate one-half interest in the two assets in the husband's name. It would be, as he said, a fair and equitable disposition to give her an approximate one-half interest. In proceeding under s. 8, the trial judge excluded any reference to s. 4 of the Act, saying nothing as well about the respective inheritances of the two spouses.

Having considered all the issues before him, including those respecting support of the wife and

Quant au mari, il est également entré en possession d'un héritage au cours du mariage, mais d'un moindre montant qu'il a consacré entièrement à la famille.

Les motifs du juge John Holland

Les parties ayant présenté leur preuve, le juge de première instance a prononcé le jugement. Il a tiré de la preuve la conclusion qu'il y avait eu une véritable mise en commun des obligations et des biens au profit des conjoints; la femme travaillait dans une banque, vaquait aux travaux ménagers habituels et prenait soin de leur fils, tandis que le mari travaillait pour la société Bell Canada et accomplissait diverses tâches au foyer.

Le juge de première instance a conclu que les biens contestés, savoir les actions de Bell Canada et le R.E.E.R., [TRADUCTION] «acquis après le mariage et jusqu'à la séparation l'ont été en raison des efforts conjoints et communs, financiers et autres, de ces deux personnes». Selon lui, la femme, par son travail tant à l'extérieur qu'à la maison, a contribué d'une manière directe et substantielle à la capacité financière du mari d'acquérir des biens pendant le mariage; il y a eu vraiment une mise en commun des moyens financiers et des efforts. Toujours selon le premier juge, la femme a contribué pour une part substantielle à l'achat de 1,800 des actions de Bell Canada ainsi qu'à tout le R.E.E.R.

Le juge de première instance a attribué aux actions et au R.E.E.R. une valeur approximative supérieure à $50,000. Malgré sa conclusion qu'il importe peu que les biens soient considérés comme des biens familiaux au sens de l'art. 3 de la Loi ou comme des biens autres que familiaux visés à l'art. 8, il a ordonné que soit accordé à la femme en vertu de l'al. 8*a*) le montant de $20,000 au titre de sa part (environ la moitié) dans les deux biens inscrits au nom du mari. Comme le juge l'a dit, il était juste et équitable de lui en donner à peu près la moitié. En se fondant sur l'art. 8, le juge de première instance a passé sous silence l'art. 4 de la Loi ainsi que les héritages respectifs des conjoints.

Après avoir examiné toutes les questions dont il était saisi, notamment celles concernant l'entretien

child, the trial judge awarded costs to the wife, although saying that in the ordinary case he did not think it appropriate to give costs in the Court.

The Reasons of the Court of Appeal

What appeared to lie behind the Court of Appeal's striking of the $20,000 lump sum award to the wife was the fact that the wife, after the agreed equal division of family assets, and without taking into account the disposition of non-family assets (the two items in issue here) would have more capital assets than the husband. By reason of an inheritance of which only a small part was used for family purposes, the wife's capital assets would amount to $51,000 and those of the husband, who had received a smaller inheritance of which all was used for family purposes, would amount to $26,500. Adding the proposed $20,000 lump sum would give the wife assets of some $70,000 and leave the husband with some $56,500. Lacourcière J.A. thought this to run counter to the trial judge's observation in his reasons that *The Family Law Reform Act* was intended to be remedial to correct inequities and to empower the Court to deal fairly between the parties to a marriage, regardless of the legal title in various assets.

It would appear from Lacourcière J.A.'s reasons that even if he had sustained the lump sum award when considered alone, he would have reduced the wife's share by bringing her inheritance into account, especially when the husband had used his smaller inheritance for family purposes. It would not be the inheritance alone that would go to an equitable disposition between the parties, but an inheritance brought into calculation when considering an apportionment of family assets.

In applying s. 8(*a*) here, the trial judge had characterized the shares and the R.R.S.P. as non-

de la femme et de l'enfant, le premier juge a adjugé les dépens à la femme, bien qu'il ait dit ne pas juger à propos de le faire dans un cas ordinaire.

Les motifs de la Cour d'appel

Si la Cour d'appel a rejeté la décision d'accorder un montant forfaitaire de $20,000 à la femme, cela semble s'expliquer par le fait que, par suite du partage égal des biens familiaux conformément à l'entente intervenue entre les conjoints et abstraction faite de la distribution des biens autres que familiaux (c'est-à-dire les deux biens présentement en cause), celle-ci aurait possédé un capital plus considérable que celui de son mari. En raison d'un héritage dont seule une petite partie a été consacrée à la famille, le capital de la femme aurait été de $51,000 tandis que celui du mari, qui avait reçu un héritage moins important et qui l'avait consacré entièrement à la famille, aurait été de $26,500. Avec l'addition du montant forfaitaire proposé de $20,000, la femme se serait trouvée avec un capital de quelque $70,000 alors que le mari n'aurait eu qu'environ $56,500. De l'avis du juge Lacourcière de la Cour d'appel, cela va à l'encontre de ce qu'a dit le juge de première instance en faisant remarquer dans ses motifs que la *Loi sur la réforme du droit familial* est censée avoir un effet réparateur, en ce sens qu'elle doit réparer les injustices et habiliter la Cour à traiter équitablement les parties à un mariage, sans tenir compte du droit de propriété sur tel ou tel bien.

Il semble se dégager des motifs du juge Lacourcière que, même s'il avait approuvé le montant forfaitaire considéré isolément, il aurait réduit la part de la femme en faisant entrer en ligne de compte son héritage, d'autant plus que le mari a consacré son héritage moins considérable à la famille. Pour qu'il y ait distribution équitable des biens entre les parties, il ne suffit pas de tenir compte du seul héritage, il faut aussi le faire entrer en ligne de compte relativement à la répartition des biens familiaux.

En appliquant l'al. 8*a*) à la présente affaire, le juge de première instance a qualifié les actions

family assets. Lacourcière J.A. pointed out that counsel for the wife had referred to them as family assets, leading him to say that "s. 8 would have been potentially relevant and applicable only if the property in question were not a family asset". In view of the trial judge's description of the property as non-family assets, an accurate description, the fact that a counsel's characterization was inaccurate was no bar to the trial judge's reliance on s. 8(*a*) if it was otherwise applicable. The real question arising under s. 8 is whether the claiming spouse "contributed work, money or money's worth in respect of the acquisition, management, maintenance, operation or improvement of property, other than family assets". The Court of Appeal concluded, for reasons to which I now come, that s. 8(*a*) could not support the lump sum award.

Lacourcière J.A. regarded s. 8(*a*) as requiring the non-titled spouse "[to] establish a direct contribution of work, money or money's worth in respect of the acquisition, management, maintenance, operation or improvement of the non-family property, and not merely a contribution of money or money's worth to the marriage". He explained this view of s. 8 by pointing out that the trial judge had come to the same conclusion in another case, *Nuti v. Nuti* (1980), 28 O.R. (2d) 102, where that judge asserted that there must have been a "substantial and direct contribution" to the husband's financial ability to acquire the non-family assets. Lacourcière J.A. noted that contribution to the marriage was not sufficient to establish an interest in the non-family assets. I do not follow this rejection of the trial judge's view when it is plain that in his reasons he used the very principle that Lacourcière J.A. said was applicable to s. 8. To repeat, the trial judge said of the husband that "His financial ability to so acquire any assets during that period was directly and substantially contributed to by his wife's work, both outside and in the home".

ainsi que le R.E.E.R. de biens autres que familiaux. Le juge Lacourcière pour sa part a fait remarquer que l'avocat de la femme les a appelés biens familiaux, ce qui a amené le juge à dire que [TRADUCTION] «l'art. 8 n'aurait pu être pertinent et applicable que dans l'hypothèse où les biens en question n'étaient pas des biens familiaux». Vu que le premier juge a décrit, avec exactitude, ces biens comme des biens autres que familiaux, la qualification inexacte d'un avocat n'empêche pas le juge de première instance de se fonder sur l'al. 8*a*) s'il est par ailleurs applicable. La question soulevée par l'art. 8 est en réalité de savoir si le conjoint réclamant a «fait un apport en travail, en argent ou qui s'évalue en argent à l'acquisition, à la gestion, à l'entretien, à l'exploitation ou à l'amélioration d'un bien autre que familial». La Cour d'appel a conclu, pour les motifs que j'expose ci-après, que le montant forfaitaire accordé ne peut s'appuyer sur l'al. 8*a*).

Selon le juge Lacourcière, l'al. 8*a*) exige que le conjoint qui n'a pas la propriété du bien en question [TRADUCTION] «[établisse] qu'il a fait un apport direct en travail, en argent ou qui s'évalue en argent à l'acquisition (*in respect of the acquisition*), à la gestion, à l'entretien, à l'exploitation ou à l'amélioration du bien autre que familial et non simplement un tel apport au mariage.» Il explique cette interprétation de l'art. 8 en signalant que le juge de première instance avait tiré la même conclusion dans une autre affaire *Nuti v. Nuti* (1980), 28 O.R. (2d) 102, où il a posé l'exigence d'un [TRADUCTION] «apport substantiel et direct» à la capacité financière du mari d'acquérir les biens autres que familiaux. Le juge Lacourcière a souligné qu'un apport au mariage ne suffit pas pour établir un droit sur les biens autres que familiaux. Je comprends mal ce rejet du point de vue du premier juge, car il se dégage nettement de ses motifs qu'il s'est fondé sur le principe même qui, selon le juge Lacourcière, s'applique à l'art. 8. Pour répéter ce que j'ai déjà dit, le juge de première instance a déclaré que [TRADUCTION] «La femme, par son travail, tant à l'extérieur qu'au foyer, a contribué d'une manière directe et substantielle à la capacité financière du mari d'ainsi acquérir des biens au cours de cette période».

Lacourcière J.A. also found support in the views of Arnup J.A. in *Page v. Page* (1980), 19 R.F.L. (2d) 135, (delivered after the hearing of the case before him) where the learned judge was distinguishing the considerations under s. 4(6) (to which I will come) and those under s. 8 and, as to the latter (in his words at p. 140) that "A wife is not entitled to an award under s. 8 simply because she has been a zealous wife and mother, freeing the husband for the pursuit of great income and assets, which may become non-family assets".

Le juge Lacourcière s'est également appuyé sur l'opinion exprimée par le juge Arnup de la Cour d'appel dans l'arrêt *Page v. Page* (1980), 19 R.F.L. (2d) 135 (rendu après l'audition de la présente affaire en appel). Dans cette affaire le savant juge a fait une distinction entre les considérations mentionnées au par. 4(6) (dont je parlerai plus loin) et celles énoncées à l'art. 8; il a dit, à la p. 140, concernant ce dernier article, et je cite, que [TRADUCTION] «Une femme n'a pas droit à un versement en vertu de l'art. 8 simplement parce qu'elle a été dévouée en tant qu'épouse et mère de sorte que son mari a été libre de se consacrer à l'acquisition d'un revenu important et de nombreux biens susceptibles de devenir des biens autres que familiaux».

I have no difficulty in agreeing with Arnup J.A. on this view of s. 8. It is clear that the trial judge went too far in attributing work in the home to the acquisition of non-family assets under s. 8. That does not, however, answer the question whether the claiming spouse "contributed work, money or money's worth in respect of the acquisition of non-family assets". (Only the term "acquisition" is relevant here.) Nor is it clear to me what is added by the Court of Appeal's requirement that the contribution be direct or direct and substantial. Certainly, so far as a money contribution is concerned, how can it be otherwise than direct where, as the trial judge found, there was truly a pooling of finances and efforts and that the husband's financial ability to acquire the assets was directly and substantially contributed to by the wife's work. The trial judge was, as stated above, wrong in bringing into account the work of the wife in the home. However, the contribution reflected in the wife's earnings as a bank employee were certainly part of the pooling arrangement between the spouses. As the trial judge observed in a finding that was not contested, during the period of cohabitation the efforts of the parties were truly as a team. The wife had worked in the bank from the time of the marriage in September, 1959 until 1965 when she stopped because of the imminent birth of their child. She returned to the bank in 1975 and continued there to the time of the par-

Je souscris volontiers à cette interprétation de l'art. 8 faite par le juge Arnup. Il est évident que le juge de première instance est allé trop loin en qualifiant le travail fait au foyer d'apport à l'acquisition de biens autres que familiaux au sens de l'art. 8. Cela ne répond toutefois pas à la question de savoir si le conjoint réclamant a «fait un apport en travail, en argent ou qui s'évalue en argent à l'acquisition ... d'un bien autre que familial». (Seul nous intéresse en l'espèce le terme «acquisition».) De plus, je ne vois pas très bien l'utilité de l'exigence posée par la Cour d'appel que l'apport soit direct ou direct et substantiel. En fait, dans le cas d'un apport en argent, comment peut-il ne pas être direct lorsque, comme l'a conclu le juge de première instance, il y a eu une véritable mise en commun des moyens financiers et des efforts et que la femme, par son travail, a contribué d'une manière directe et substantielle à la capacité financière du mari d'acquérir les biens en cause. Le premier juge, je le répète, a eu tort de faire entrer en ligne de compte le travail accompli par la femme au foyer. Cependant, il est certain que l'apport que constituait le revenu tiré par la femme de son emploi à la banque s'inscrivait dans le cadre de la mise en commun des moyens des conjoints. Comme l'a fait remarquer le juge de première instance, et on ne conteste pas cette conclusion, pendant leur cohabitation les parties se conduisaient vraiment comme une équipe. La femme a

ties' separation in mid-1978 and even beyond.

Although the wife would not be entitled to a near half interest of the non-family assets, this did not exclude her from any interest in view of her contribution of money. Although I must leave out, as I have said, any contribution of work in the home, the work in the bank was a calculable element to a limited extent.

It appears to me that Justice Lacourcière put a different gloss on the meaning of a direct and substantial contribution than that taken by John Holland J. What the learned Justice of Appeal indicated by his rejection of a s. 8 claim of the wife was that the claim must be based on a direct and substantial contribution by the wife to the acquisition of the very non-family assets. In short, Justice Lacourcière would have it that the wife is required to show a direct connection with the acquisition of the non-family assets and not simply acquisition by reason of freeing money of the husband to advance the acquisition. I do not find such strict language in s. 8; the words "direct and substantial" are not used, nor either of the words alone. I find a more benign reading of s. 8, more consonant with the philosophy of *The Family Law Reform Act*, in the phrase "in respect of the acquisition", a phrase which does not tie a contributing spouse to the acquisition of the specific assets in which shares are claimed.

In the Court of Appeal and in this Court, counsel for the plaintiff wife also relied on s. 4, especially s. 4(6). The trial judge, in disposing of the case under s. 8 found it unnecessary and, indeed, did not consider s. 4, a point that I have already mentioned. It was, however, thoroughly canvassed by the Court of Appeal.

travaillé à la banque depuis le mariage en septembre 1959 jusqu'en 1965 quand elle a arrêté en raison de la naissance imminente de leur enfant. Elle est retournée à son poste à la banque en 1975 et a continué à y travailler jusqu'au moment de la séparation des parties vers le milieu de 1978 et même plus longtemps.

La femme ne peut revendiquer un droit sur près de la moitié des biens autres que familiaux, mais cela ne veut pas dire qu'elle n'y a aucun droit compte tenu de son apport en argent. Comme je l'ai déjà dit, bien que je doive faire abstraction de tout apport sous forme de travaux ménagers, le travail à la banque est un élément qui peut dans une certaine mesure entrer en ligne de compte.

Le juge Lacourcière ne me paraît pas avoir donné aux mots apport direct et substantiel le même sens que le juge John Holland. Par son rejet d'une réclamation de la femme fondée sur l'art. 8, le savant juge de la Cour d'appel a indiqué qu'une pareille réclamation doit reposer sur un apport direct et substantiel de la part de la femme à l'acquisition des biens autres que familiaux eux-mêmes. En bref, selon le juge Lacourcière, la femme doit établir l'existence d'un lien direct avec l'acquisition des biens autres que familiaux et non simplement que le mari a pu dégager des fonds pour permettre l'acquisition. J'estime que l'art. 8 n'est pas à ce point exigeant; on n'y trouve ni le mot «direct», ni le mot «substantiel», ni les deux ensemble. A mon avis, une interprétation moins sévère de l'art. 8, qui se conforme davantage à la philosophie de la *Loi sur la réforme du droit familial*, se dégage des mots «à l'acquisition» («*in respect of the acquisition*»), lesquels mots n'emportent pas l'exigence que l'apport d'un conjoint vise particulièrement l'acquisition des biens dont il réclame une part.

En Cour d'appel et devant cette Cour, l'avocat de la femme demanderesse a invoqué également l'art. 4, et particulièrement son par. (6). J'ai déjà mentionné que le juge de première instance a tranché le litige en se fondant sur l'art. 8 et n'a pas tenu compte de l'art. 4 parce qu'il n'a pas jugé nécessaire de le faire. La Cour d'appel, par contre, en a fait un examen approfondi.

The Court rightly rejected the contention of counsel for the plaintiff that the Bell shares and the R.R.S.P. were family assets under s. 4(1) to (4). If the wife was entitled to invoke s. 4, it was the view of the Court of Appeal that it was only s. 4(6), (providing for a division, in applicable circumstances, of any property which is not a family asset) upon which she could rely. As will be seen below, that Court held s. 4(6) to be inapplicable. I repeat for convenient reference here s. 4(6) which is as follows:

**4.** ...

(6) The court shall make a division of any property that is not a family asset where,

(*a*) a spouse has unreasonably impoverished the family assets; or

(*b*) the result of a division of the family assets would be inequitable in all the circumstances, having regard to,

(i) the considerations set out in clauses (4)(*a*) to (*f*), and

(ii) the effect of the assumption by one spouse of any of the responsibilities set out in subsection (5) on the ability of the other spouse to acquire, manage, maintain, operate or improve property that is not a family asset.

Section 4(6)(*a*) of this provision has no application here, but s. 4(6)(*b*)(i),(ii) imports the consideration set out in s. 4(4)(*a*) to (*f*) and s. 4(5), and it will be convenient also to set these out here. They are in these terms:

**4.** ...

(4) The court may make a division of family assets resulting in shares that are not equal where the court is of the opinion that a division of the family assets in equal shares would be inequitable, having regard to,

(*a*) any agreement other than a domestic contract;

(*b*) the duration of the period of cohabitation under the marriage;

(*c*) the duration of the period during which the spouses have lived separate and apart;

(*d*) the date when the property was acquired;

(*e*) the extent to which property was acquired by one spouse by inheritance or by gift; or

(*f*) any other circumstance relating to the acquisition, disposition, preservation, maintenance, improvement or use of property rendering it inequitable for the division of family assets to be in equal shares.

La Cour d'appel a rejeté à juste titre l'argument de l'avocat de la demanderesse selon lequel les actions de Bell et le R.E.E.R. constituent des biens familiaux au sens des par. (1) à (4) de l'art. 4. La Cour d'appel a estimé que la seule disposition de l'art. 4 que la femme pouvait invoquer était le par. (6) qui prévoit le partage, dans les circonstances énoncées, d'un bien autre que familial. Comme on le verra plus loin, la Cour d'appel a jugé inapplicable le par. 4(6). Par souci de commodité, je reprends ici le par. 4(6) dont voici le texte:

**4.** ...

(6) La cour partage un bien autre que familial pour l'un des motifs suivants:

*a*) l'épuisement anormal des biens familiaux par l'un des conjoints;

*b*) le résultat du partage des seuls biens familiaux serait inéquitable, compte tenu:

(i) des facteurs énoncés aux alinéas (4)*a*) à *f*),

(ii) du fait que l'un des conjoints, en prenant sur lui une partie des responsabilités énoncées au paragraphe (5), a permis à l'autre de se livrer à l'acquisition, à la gestion, à l'entretien, à l'exploitation ou à l'amélioration d'un bien autre que familial.

L'alinéa 4(6)*a*) ne s'applique pas en l'espèce, mais les sous-al. 4(6)*b*)(i) et (ii) renvoient aux facteurs énoncés aux al. 4(4)*a*) à *f*) et au par. 4(5); il convient donc de les reproduire également. En voici le texte:

**4.** ...

(4) La cour peut prononcer un partage en parts inégales si elle est d'avis que le partage en parts égales serait inéquitable compte tenu des facteurs suivants:

*a*) les accords autres qu'un contrat familial;

*b*) la durée de la cohabitation en mariage;

*c*) la durée de la séparation de corps;

*d*) la date d'acquisition des biens;

*e*) le droit dans un bien acquis par l'un des conjoints par succession ou par donation entre vifs;

*f*) toute autre circonstance ayant trait à l'acquisition, à la disposition, à la conservation, à l'entretien, à l'amélioration ou à l'usage d'un bien qui rendrait inéquitable le partage en parts égales.

(5) The purpose of this section is to recognize that child care, household management and financial provision are the joint responsibilities of the spouses and that inherent in the marital relationship there is joint contribution, whether financial or otherwise, by the spouses to the assumption of these responsibilities, entitling each spouse to an equal division of the family assets, subject to the equitable considerations set out in subsections (4) and (6).

I am of the opinion that Lacourcière J.A. was right in his assessment of s. 4(6) as being relevant only if there has been an improper or inequitable division of family assets under that subsection. He described the situation as follows:

The first and crucial determination under Part I is the characterization of family assets, followed by the determination of whether the division of family assets in equal shares would be inequitable under the statutory criteria. The Legislature uses the permissive word "may" in ss. (4) in contrast to the mandatory "shall" in ss. (6) in reference to the making of a division of assets. This means that the court is under no obligation to resort to an unequal division of family assets even where it is of the opinion that an equal division would be inequitable. In contrast, it is mandatory for the court to order a division of non-family assets under subsection (6) in the case of unreasonable impoverishment of the family assets by one spouse or where the result of the division of the family assets would be inequitable in all the circumstances and having regard to the statutory factors.

The logical sequence, to give effect to the apparent scheme of the Act, is to consider first whether an equal division requires a redressing to avoid inequity; the next step is to examine the possibility of awarding the deserving spouse a larger portion of family assets. Where this would not redress the inequity, or would create some other inequity, the court should then consider the making of a division of property that is not a family asset. Ultimately, in my view, the court is required to redress inequity where it exists and must select the appropriate division after consideration of the nature of the assets and the circumstances of the parties. In many cases, the ultimate result will be the same whether the award to the deserving spouse takes the form of an additional share of family assets expressed in terms of money (such as a payment of $5,000.00 to the wife in addition to her one-half interest in the matrimonial home in ... [*O'Reilly* v. *O'Reilly* (1979), 23 O.R. (2d) 776]) or is expressed in a similar amount to be paid out

(5) Le présent article vise à donner effet au caractère commun des charges familiales relatives aux enfants, à la gestion du foyer, à la contribution aux revenus et de la responsabilité, implicite au mariage, de pourvoir à ces charges. Cette communauté du passif fonde le partage en parts égales de l'actif, sous réserve des considérations énoncées aux paragraphes (4) et (6).

Je suis d'avis que le juge Lacourcière a eu raison de conclure que le par. 4(6) ne s'applique que s'il y a eu partage inadéquat ou inéquitable des biens familiaux. Voici comment il a décrit la situation:

[TRADUCTION] Suivant la première partie, il faut d'abord, et cela est critique, procéder à la qualification des biens familiaux pour ensuite déterminer si le partage de ces biens en parts égales serait inéquitable compte tenu des critères posés par la loi. A la différence du par. (6) («la cour partage»), le par. (4) («la cour peut prononcer un partage») ne dispose pas de façon impérative relativement au partage des biens. Cela veut dire que la cour n'est nullement tenue d'avoir recours à un partage en parts inégales des biens familiaux, même lorsqu'elle estime qu'un partage en parts égales serait inéquitable. En revanche, la cour doit obligatoirement ordonner le partage des biens autres que familiaux en vertu du par. (6) dans le cas d'épuisement anormal des biens familiaux par l'un des conjoints ou lorsque le résultat du partage des seuls biens familiaux serait inéquitable, compte tenu des facteurs énoncés dans la loi.

La marche logique à suivre pour atteindre l'objet manifeste de la Loi est de déterminer en premier lieu si un partage en parts égales entraîne une injustice qu'il faut corriger; la seconde étape consiste à étudier la possibilité d'accorder à l'autre conjoint qui est en droit d'y prétendre une part plus importante des biens familiaux. Lorsque cela ne suffit pas pour corriger l'injustice ou lorsque cela entraîne quelque autre injustice, la cour doit alors songer au partage des biens autres que familiaux. En dernière analyse, j'estime que la cour est tenue de corriger toute injustice qui peut exister et, après un examen de la nature des biens et de la situation des parties, doit choisir le mode approprié de partage. Dans bien des cas, le résultat final sera le même, que le versement à l'autre conjoint qui est en droit d'y prétendre, revête la forme d'un montant additionnel prélevé sur les biens familiaux (comme l'attribution à la femme d'un montant de $5,000 en plus de sa moitié du foyer conjugal dans ... [*O'Reilly v. O'Reilly* (1979), 23 O.R.

of non-family assets. Where the result differs, the trial judge selects the one that avoids inequity by looking at the nature of the asset and all the other relevant circumstances.

Since Lacourcière J.A. had decided that s. 8 had no application and went on to conclude on the evidence before the trial judge that he was unable to hold, in assessing the equities and in applying the applicable statutory considerations to the factors in s. 4(4)(*a*) to (*f*) that the result of the equal division of the family assets (which was agreed to by the parties) was inequitable, unfair or unjust, he was unable to give any relief under either s. 4(4) or s. 4(6). This was especially so in the light of the husband's proper continuing support obligations.

Sections 4(4) and 4(6) Referable to Family and Non-Family Assets

The learned Justice of Appeal dwelt on both s. 4(4) and s. 4(6), pointing out correctly that s. 4(4) is directory or permissive while s. 4(6) is imperative. What creates an obvious difficulty here is that s. 4(6) also imports the considerations already listed in s. 4(4), being the paras. (*a*) to (*f*) thereof and even goes beyond them. It is plain to me, however, that both provisions (s. 4(4) and 4(6)) are dependent upon a finding thereunder that the equal division of family assets is inequitable.

In my opinion, there is nothing in the facts of this case to warrant alteration of the equal division of the family assets arrived at by the parties and to find a basis for a larger share to the wife under s. 4(4) or to give her a share of the non-family assets under s. 4(6) while leaving the equal division of the family assets undisturbed. Unless either s. 4(4) or s. 4(6) can be invoked to improve the relative position of one spouse as against the other, I do not read s. 4(5) as saying anything more than that the spouses, through their joint responsibilities as set out therein, are entitled to an equal division of the family assets. Having regard to the inheritances of each spouse and the extent to which they were devoted to family purposes and to the maintenance and support obligation undertaken by the husband towards the wife, I see nothing in s. 4(4) that

(2d) 776]) ou qu'il consiste en un même montant payé sur les biens autres que familiaux. Lorsque les résultats diffèrent, le juge de première instance, en tenant compte de la nature du bien et de toutes les autres circonstances pertinentes, choisit le mode de partage qui évite l'injustice.

Puisque le juge Lacourcière a décidé que l'art. 8 ne s'applique pas et puisque, vu la preuve présentée en première instance, il s'est dit dans l'impossibilité de conclure, compte tenu de l'équité et des facteurs applicables énoncés aux al. 4(4)*a*) à *f*), que le résultat du partage en parts égales des biens familiaux (conformément à l'entente des parties) était inéquitable ou injuste, il ne pouvait accorder de réparation ni en vertu du par. 4(4) ni en vertu du par. 4(6). Il le pouvait d'autant moins que le mari continuait d'être tenu d'une obligation alimentaire.

Les paragraphes 4(4) et 4(6) relatifs aux biens familiaux et aux biens autres que familiaux

Le savant juge de la Cour d'appel s'est arrêté au par. 4(4) et au par. 4(6), soulignant avec raison que celui-là revêt un caractère facultatif alors que celui-ci est impératif. Il y a ici une difficulté manifeste du fait que le par. 4(6) englobe également les facteurs déjà énumérés aux al. 4(4)*a*) à *f*) et va même encore plus loin. Je tiens toutefois pour évident que l'application des par. 4(4) et 4(6) dépend d'une conclusion qu'un partage en parts égales des biens familiaux constitue une injustice.

A mon avis, les faits de la présente espèce ne justifient pas qu'on modifie le partage en parts égales des biens familiaux convenu par les parties, ni qu'on se fonde sur le par. 4(4) pour attribuer une part plus importante à la femme, ni qu'on lui accorde une part des biens autres que familiaux en vertu du par. 4(6), tout en maintenant le partage en parts égales des biens familiaux. A moins qu'il ne soit possible d'invoquer le par. 4(4) ou le par. 4(6) pour améliorer la situation relative d'un conjoint par rapport à l'autre, j'estime que le par. 4(5) dit simplement que les conjoints, en raison du caractère commun des charges qui s'y trouvent énumérées, ont droit au partage en parts égales des biens familiaux. Eu égard aux héritages de l'un et de l'autre conjoint, à la mesure dans laquelle ces héritages ont été consacrés à la famille et à l'ac-

should disturb the equal division of the family assets or entitle the wife to a division of non-family assets under s. 4(6).

This case does not support the kind of finding made by Southey J. in *Weir v. Weir* (1978), 23 O.R. (2d) 765, where he concluded that the wife had shouldered almost the entire burden of the responsibilities set out in s. 4(5) and thereby released the husband for his professional and business pursuits which he carried on in the evening as well as during the day. Equally, the wife was thereby prevented from earning money herself. In the result, Southey J. made a generous division of the family assets in favour of the wife and hence made no division of the non-family assets.

Much to the same effect as *Weir v. Weir, supra,* is *O'Reilly v. O'Reilly* (1979), 23 O.R. (2d) 776 where there were no non-family assets appropriate for division and the wife's assumption of the burden of family responsibilities, including administrative and financial responsibilities in addition to child and home care, warranted a larger division of family assets.

In two earlier cases, *Silverstein v. Silverstein* (1978), 20 O.R. (2d) 185, and *Bregman v. Bregman* (1978), 21 O.R. (2d) 722, aff'd (1979), 25 O.R. (2d) 254, it was also found that the wife had carried the larger share of the joint responsibilities delineated under s. 4(5). In the former case, she obtained an interest in non-family assets under s. 8 by reason of her contribution of work that assisted in the acquisition of certain revenue property and also an interest under s. 4(6) by reason of her larger assumption of family responsibilities. In the *Bregman* case, the larger assumption by the wife of household management and child care was held to bring her into s. 4(6) as entitled to a share in the non-family assets because the husband was thereby freed to acquire them.

quittement de l'obligation alimentaire du mari envers la femme, je ne vois rien dans le par. 4(4) qui justifie une modification du partage en parts égales des biens familiaux ou qui confère à la femme le droit au partage des biens autres que familiaux en vertu du par. 4(6).

La présente espèce ne justifie pas le même genre de conclusion que celle du juge Southey dans l'affaire *Weir v. Weir* (1978), 23 O.R. (2d) 765, savoir que la femme avait assumé la quasi-totalité des charges énumérées au par. 4(5) permettant ainsi au mari de se livrer à ses activités professionnelles et d'affaires, ce qu'il faisait le soir aussi bien que le jour. Par conséquent, la femme se trouvait dans l'impossibilité de gagner elle-même de l'argent. En définitive, le juge Southey a effectué un partage généreux des biens familiaux en faveur de la femme et n'a donc pas partagé les biens autres que familiaux.

On est arrivé à sensiblement la même conclusion dans l'affaire *O'Reilly v. O'Reilly* (1979), 23 O.R. (2d) 776, où l'absence de biens autres que familiaux qui se prêtaient au partage et le fait que la femme avait assumé les charges familiales, y compris celles d'ordre administratif et financier en plus du soin des enfants et de l'entretien du foyer, justifiaient l'attribution d'une plus grande part des biens familiaux à la femme.

Dans deux affaires antérieures *Silverstein v. Silverstein* (1978), 20 O.R. (2d) 185, et *Bregman v. Bregman* (1978), 21 O.R. (2d) 722, confirmée par (1979), 25 O.R. (2d) 254, on a également conclu que la femme avait assumé la majeure partie des charges communes énumérées au par. 4(5). Dans la première affaire, elle a obtenu une part des biens autres que familiaux par application de l'art. 8 en raison de son apport en travail à l'acquisition d'un immeuble de rapport et aussi par application du par. 4(6) du fait qu'elle avait assumé une plus grande partie des charges familiales. Dans l'affaire *Bregman*, on a conclu que le rôle prépondérant de la femme dans la gestion du foyer et dans le soin des enfants lui donnait droit à une part des biens autres que familiaux en vertu du par. 4(6) parce qu'elle avait ainsi permis au mari d'acquérir ces biens.

In both *Peterson v. Peterson* (1980), 20 R.F.L. (2d) 1, and in *Re Young and Young* (1981), 32 O.R. (2d) 19, the Ontario Court of Appeal found that there was no such larger burden of family responsibilities assumed by the wife as to entitle her to a share of the non-family assets under s. 4(6), but in the second case she was held entitled to an interest in them under s. 8. That accords with the present case and, accordingly, without finding it necessary to canvass the views expressed in the cases above referred to, I turn to s. 8 with respect to the claim to an interest in the Bell Canada shares and the R.R.S.P.

Dans les arrêts *Peterson v. Peterson* (1980), 20 R.F.L. (2d) 1, et *Re Young and Young* (1981), 32 O.R. (2d) 19, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la partie des responsabilités familiales assumée par la femme n'était pas à ce point plus grande qu'elle avait droit en vertu du par. 4(6) à une part des biens autres que familiaux, mais, dans le second arrêt, on a jugé qu'elle y avait droit en vertu de l'art. 8. Cela est en harmonie avec la présente espèce et, par conséquent, sans juger nécessaire d'examiner les opinions exprimées dans les arrêts susmentionnés, je passe maintenant à une étude de l'art. 8 relativement à la revendication d'une part dans les actions de Bell Canada et dans le R.E.E.R.

Section 8: Section 4(6) Contrasted

La différence entre l'article 8 et le paragraphe 4(6)

It is, of course, possible for a claiming spouse to bring her or his case under both sections. *Silverstein v. Silverstein* showed the possibility of establishing claims under both, but it would not be under the same principles. If the same basis of relief was addressed to each, there would have to be a determination whether to proceed or to have the Court proceed under the one or the other; double entitlement for the same matter is not envisaged. There is this important difference between s. 4(6) and s. 8; the former is a dependent provision, to be invoked, according to the circumstances, only if there has initially been some division of family assets; the latter excludes reference to family assets and provides for an independent claim to an interest in non-family assets. I do not see anything in *The Family Law Reform Act*, 1978 which authorizes the qualification of an award under s. 8 merely because there may have been an overly generous or unduly restricted award of an interest in a family asset; it is only if non-family assets are considered under s. 4(6) that such a qualification may be applicable.

Un conjoint réclamant peut bien sûr fonder son action sur l'une et l'autre de ces dispositions. L'arrêt *Silverstein v. Silverstein* indique que cela est possible, bien que ce ne soient pas les mêmes principes qui jouent dans les deux cas. Si l'on invoque les deux dispositions à l'appui du même redressement, la cour doit décider laquelle appliquer; la loi n'envisage pas un droit à un double versement à l'égard d'un même titre de redressement. Il y a une différence importante entre le par. 4(6) et l'art. 8 savoir que celui-là est une disposition dépendante à invoquer, suivant les circonstances, que s'il y a déjà eu un partage de biens familiaux, tandis que celui-ci ne mentionne pas les biens familiaux et prévoit une réclamation indépendante d'une part dans les biens autres que familiaux. Je ne vois rien dans la *Loi sur la réforme du droit familial* de 1978 qui autorise à modifier une attribution en vertu de l'art. 8 simplement parce qu'il a pu y avoir attribution excessivement généreuse ou indûment restreinte d'un droit sur un bien familial; ce n'est que si on envisage les biens autres que familiaux en vertu du par. 4(6) qu'il peut y avoir lieu d'apporter pareille modification.

I have already shown the wife's entitlement to a share in the non-family assets that are central to the present case. Assuming that the wife must show a direct and substantial contribution of money to the acquisition of the assets, she has

J'ai déjà indiqué que la femme a droit à une part dans les biens autres que familiaux présentement en cause. A supposer qu'elle doive prouver un apport direct et substantiel en argent à l'acquisition de ces biens, selon la conclusion du juge de

satisfied this requirement on the finding made by the trial judge. I wish, however, to underline that nothing is added to the requirement of "direct" if there has been a money contribution to the acquisition of the assets; it follows that it has been direct. And as for the term "substantial", I regard it as simply going beyond *de minimis*, a matter of the evidence in the particular case.

Before I pass on to consider the wife's contribution and her entitlement here, I may recapitulate as follows:

Difficulty has been encountered by judges in dealing with *The Family Reform Act* and in particular with the relationship between s. 4 and s. 8. Each section is relatively clear in its meaning, but when the two fall for consideration against the background of one set of facts difficulties arise. To rationalize the two sections it is necessary, in my view, to consider their separate functions in the scheme of the Act in accordance with the following analysis:

Section 4 comes into play upon the dissolution or breakdown of a marriage. It provides in subs. (1) for a *prima facie* equal division of family assets between the spouses. Subsection (4) then empowers the Court, upon a consideration of the factors set out in that subsection, to make a division of family assets which is not equal. Subsection (6) empowers the Court to have recourse to non-family assets if a division limited to family assets would be inequitable, having regard to the total assets, family and non-family, held by the parties or either of them. The purpose of the division contemplated in s. 4 is set out in subs. (5).

Section 8 has a separate purpose from that of s. 4. It deals with non-family assets or with the residuum thereof should any order be made under subs. 6 and provides a means for the determination of the relative proprietary interests of the spouses in assets classed as non-family assets. The relative interests must be determined on the basis of degree of contribution made in work, money, or money's worth in respect of the acquisition, management, maintenance, operation or improvement attributable to the respective spouses. Such contribution

première instance, elle a satisfait à cette exigence. Je tiens toutefois à souligner que, si l'apport à l'acquisition des biens a été en argent, l'exigence qu'il soit «direct» est superflue; l'apport ne peut alors avoir été que direct. Quant au terme «substantiel», je le vois comme voulant dire plus que minime, ce qui est une question de preuve dans chaque cas.

Avant d'examiner l'apport de la femme et ce à quoi elle peut avoir droit en l'espèce, il est utile de faire une récapitulation.

Les juges ont éprouvé de la difficulté à appliquer la *Loi sur la réforme du droit familial*, particulièrement en ce qui concerne le rapport entre ses art. 4 et 8. Bien que le sens de ces articles soit relativement clair, leur application à un état de faits donné suscite des difficultés. Pour rationaliser les deux articles il faut, selon moi, étudier leurs rôles respectifs dans l'économie générale de la Loi. Cette étude doit s'effectuer en fonction de l'analyse suivante.

L'article 4 s'applique dès lors qu'il y a dissolution ou rupture du mariage. Son paragraphe (1) prévoit en principe le partage en parts égales des biens familiaux entre les conjoints. Aux termes du par. (4), la cour peut, après avoir pris en considération les facteurs énoncés dans ce paragraphe, prononcer un partage en parts inégales. Le paragraphe (6) habilite la cour à partager les biens autres que familiaux dans le cas où le partage des seuls biens familiaux serait inéquitable, compte tenu de l'ensemble des biens, familiaux et autres que familiaux, détenus par l'une ou l'autre partie ou les deux. C'est le par. (5) qui énonce l'objet du partage visé à l'art. 4.

L'objet de l'art. 8 est distinct de celui de l'art. 4. Cet article porte sur le sort des biens autres que familiaux ou de ce qui en reste après une ordonnance rendue en vertu du par. 4(6) et il fournit aussi un moyen de déterminer les droits de propriété relatifs des conjoints sur les biens autres que familiaux. Cette détermination doit se fonder sur l'apport respectif des conjoints en travail, en argent ou évaluable en argent à l'acquisition, à la gestion, à l'entretien, à l'exploitation ou à l'amélioration de biens. Il ne s'agit nullement d'appliquer à

may not be based upon the considerations mentioned in s. 4(6)(*b*)(ii) which are subsumed in the determination of the equitable division under s. 4. Section 8 may be invoked at any time, not only on dissolution or break-up of marriage, and can settle the ownership of, or title to, assets, not on the basis of the marriage relationship but on the simple basis of contribution of the parties without regard to the fact of marriage.

Since the wife's contribution did not extend throughout the period of the marriage, but extended over two periods totalling some nine years separated by a ten-year gap, her claim to a share of the assets must be tailored accordingly and without enlargement by reason of work in the home or by reference to the considerations set out in s. 4(6)(*b*)(ii) of the Act. During about half of their marriage period, there was a pooling of joint earnings and, in my opinion, it would be a fair distribution of the two non-family assets in this case to award the wife $10,000 in place of $20,000 awarded by the trial judge.

The appeal should be allowed to this extent and, having regard to the trial judge's disposition of costs in favour of the wife (no costs were ordered in the Court of Appeal), I would award the wife one-half of her costs throughout.

Since this is the first case under the Ontario *Family Law Reform Act* which has reached this Court and since the statute is not without difficulties in the interrelations of its provisions, prudence dictates that this Court should not enlarge upon the statute beyond the issues in the case which engage it.

It remains to say that the disposition made here on the basis of specific statutory provisions of the only assets that were in issue leaves no room to consider the application of constructive or resulting trusts. Whether these institutions survive *The Family Law Reform Act* in other circumstances need not be considered here.

cet apport les considérations énoncées au sous-al. 4(6)*b*)(ii), car celles-ci visent à assurer un partage équitable en vertu de l'art. 4. L'article 8 peut être invoqué à n'importe quel moment et non pas uniquement en cas de dissolution ou de rupture du mariage; il permet d'établir à qui revient la propriété de tel ou tel bien ou le titre qui s'y rapporte non pas en fonction des rapports conjugaux mais simplement en fonction de l'apport des parties, sans tenir compte de l'existence du mariage.

Puisque la contribution de la femme s'étendait non pas sur toute la durée du mariage, mais sur deux périodes d'un total de neuf ans séparées par un intervalle de dix ans, sa part des biens doit être calculée en conséquence, sans être augmentée en raison du travail au foyer ou par renvoi à l'al. 4(6)*b*)(ii) de la Loi. Pendant près de la moitié de la durée de leur mariage, il y a eu une mise en commun des gains et, à mon avis, une distribution équitable des deux biens autres que familiaux en cause attribuerait à la femme $10,000 au lieu des $20,000 accordés par le juge de première instance.

Le pourvoi doit être accueilli dans cette mesure et, puisque le premier juge a adjugé ses dépens à la femme (il n'y a pas eu d'adjudication de dépens en Cour d'appel), je suis d'avis d'adjuger à la femme la moitié de ses dépens dans toutes les cours.

Étant donné qu'il s'agit de la première cause fondée sur la *Loi sur la réforme du droit familial* de l'Ontario dont cette Cour est saisie et vu que cette loi n'est pas sans présenter des difficultés en ce qui a trait à l'interrelation de ses dispositions, la prudence dicte que nous nous abstenions de lui donner une interprétation qui dépasse le cadre des questions soulevées en l'espèce.

Il me reste à dire que la distribution des seuls biens en cause sur le fondement de dispositions de la Loi ne laisse donc pas de place à l'analyse de l'applicabilité des notions de fiducie virtuelle ou de fiducie présumée. Point n'est besoin en l'espèce de déterminer si, dans d'autres circonstances, ces institutions survivent à la *Loi sur la réforme du droit familial.*

The following are the reasons delivered by

ESTEY J. (*dissenting in part*)—The essential dispute between the husband and wife in this appeal is as to the ownership, after the proper disposition in law as a result of marriage breakdown, of two assets held in the name of the husband. These assets are some shares in Bell Canada Limited and a Registered Retirement Savings Plan (hereinafter referred to as the "R.R.S.P.") established and maintained by the husband under the *Income Tax Act* of Canada. It is conceded by all that these two assets are, for the purposes of these proceedings, of the same legal character and of the same origin. It is also conceded that both are in the name of the husband.

These proceedings originated in an application under *The Family Law Reform Act*, 1978 (Ont.), c. 2, by the wife in which she asked for certain remedies including:

(a) custody of the child and support for wife and child;

(b) exclusive possession of the matrimonial home; and

(c) of importance in these proceedings, with respect to the aforementioned assets, a division of "the family assets and property in equal shares pursuant to s. 4 of *The Family Law Reform Act*; or in the alternative, for an Order under s. 8".

In these proceedings an interim order was made by the Honourable Mr. Justice Walsh for the trial of an issue "as to proper division of family assets, custody, maintenance for the child and support for the wife".

It is clear from the record established on the trial of the issue before J. Holland J. that all issues with reference to property had been settled between the spouses through their respective legal advisers except with reference to the proper disposition of the shares and the R.R.S.P. which for convenience I will hereafter refer to as "the said assets". Lacourcière J.A., in a judgment written on behalf of the unanimous Court of Appeal, stated in part:

. . . they could not agree on whether the disputed assets [the said assets] formed part of the family assets and, in

Version française des motifs rendu par

LE JUGE ESTEY (*dissident en partie*)—Par suite de la rupture du mariage et du partage des biens conformément à la loi, il y a eu contestation entre le mari et la femme quant à la propriété de deux biens détenus au nom du mari; d'où ce pourvoi. Les biens en cause consistent en des actions de la société Bell Canada et un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après appelé le «R.E.E.R.») constitué et maintenu par le mari sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada. Les parties reconnaissent qu'aux fins de ce litige, les deux biens ont la même nature juridique et une origine commune. On reconnaît en outre que l'un et l'autre biens sont au nom du mari.

Le présent litige tire son origine d'une demande de la femme en vertu de la *Loi sur la réforme du droit familial*, 1978 (Ont.), chap. 2. Elle a notamment réclamé:

a) la garde de l'enfant et une pension alimentaire pour elle-même et l'enfant;

b) la possession exclusive du foyer conjugal; et,

c) ce qui est important en l'espèce relativement aux biens présentement en cause, le partage [TRADUCTION] «en parts égales de la propriété et des biens familiaux conformément à l'art. 4 de la *Loi portant réforme du droit de la famille*; ou subsidiairement, une ordonnance en vertu de l'art. 8».

Le juge Walsh a rendu en l'espèce une ordonnance interlocutoire aux termes de laquelle il devait y avoir une instruction [TRADUCTION] «quant au partage approprié des biens familiaux, quant à la garde de l'enfant et quant au paiement d'une pension alimentaire à l'enfant et à la femme».

Il se dégage nettement du dossier de l'instruction tenue devant le juge J. Holland que les conjoints, par l'intermédiaire de leurs procureurs respectifs, avaient réglé toutes les questions relatives aux biens, à l'exception de la distribution appropriée des actions et du R.E.E.R. que, par souci de commodité, j'appelle ci-après «les biens en cause». Le juge Lacourcière dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la Cour d'appel dont l'avis a été unanime, a dit notamment:

[TRADUCTION] . . . ils n'ont pu se mettre d'accord sur la question de savoir si les biens litigieux [les biens en

any event, appeared to have agreed that the appellant's entitlement to a share of the property in question was still in issue between them.

There are concurrent findings below that in law the said assets are non-family assets in the sense of that term under *The Family Law Reform Act* (hereinafter referred to as "the Act"). I will return to the specific provisions with reference to this issue in a moment.

It is clear from the opening statement of counsel for the wife that the parties had been unable to settle the character in law of the said assets. Counsel stated in opening:

The open issues are what are in fact family assets and how should they be divided.

The trial judgment summarized the position of the parties during the period when they lived together as follows:

Both parties are agreed that during the time the wife worked, all earnings of each were pooled. While there was some comment by Mr. Leatherdale that qualified this after his wife went back to work, I did not really think that it was of any significance. The earnings of both these persons were pooled, and during the period of cohabitation these efforts were truly as a team.

In addition, to working at the bank, the wife did the usual wifely duties about the house and cared for their son. The husband worked out at the Bell Telephone Company and as to the house, his duties were largely with respect to looking after the outside and the mechanical problems within the house. In my opinion, it was a true pooling of duties and assets for the benefit of each. I have no doubt that the intention of the parties was, as expressed by Mrs. Leatherdale, that the Bell Telephone shares and the R.R.S.P. acquired by reason of selling some of those shares, was for their common retirement benefit.

His Lordship then continued:

Dealing first with the shares and the R.R.S.P., I find that the Bell shares acquired after marriage and up to separation were so acquired by reason of the joint and pooled efforts, both financial and otherwise, of each of these two persons. I attach no significance to the fact that they are in Mr. Leatherdale's name or that they

cause] font partie des biens familiaux et ils semblent de toute manière avoir reconnu que le droit de l'appelante à une part dans ces biens demeure en litige.

Selon les conclusions concordantes des cours d'instance inférieure, les biens en cause sont, au point de vue juridique, des biens autres que familiaux au sens de la *Loi sur la réforme du droit familial* (ci-après appelée «la Loi»). Je reviendrai sous peu sur les dispositions précises qui se rapportent à cette question.

Il ressort des observations initiales de l'avocat de la femme que les parties n'ont pu s'entendre sur le caractère juridique des biens en cause. L'avocat a dit:

[TRADUCTION] Les questions à trancher sont de savoir ce que sont en réalité des biens familiaux et comment on doit les partager.

Le premier juge a résumé ainsi la situation respective des parties pendant leur cohabitation:

[TRADUCTION] Les parties reconnaissent que lorsque la femme travaillait, elles mettaient en commun tous leurs revenus. Bien que M. Leatherdale donne à entendre que cela n'a pas exactement été le cas après que sa femme fut retournée au travail, je ne crois pas que cela ait vraiment d'importance. Il y a eu en effet mise en commun des revenus de ces deux personnes qui, pendant leur cohabitation, formaient véritablement une équipe.

En plus de son travail à la banque, la femme a accompli les travaux ménagers habituels et a pris soin de leur fils. Le mari pour sa part travaillait pour la société Bell Canada et son rôle au foyer consistait principalement à s'occuper de l'extérieur de la maison et à effectuer les réparations qui s'imposaient à l'intérieur. Selon moi, il y a eu une véritable mise en commun des tâches et des biens au profit des deux conjoints. Je n'ai pas le moindre doute que l'intention des parties était, comme l'a dit M^me^ Leatherdale, que les actions de Bell Canada ainsi que le R.E.E.R. acquis par suite de la vente d'une partie de ces actions servent de fonds de retraite commun.

Sa Seigneurie a ajouté:

[TRADUCTION] M'arrêtant d'abord aux actions et au R.E.E.R., je conclus que les actions de Bell acquises après le mariage et jusqu'à la séparation l'ont été en raison des efforts conjoints et communs, non limités au seul apport pécuniaire, de ces deux personnes. Le fait qu'elles sont au nom de M. Leatherdale ou qu'il les a

were received by him pursuant to his employment status. His financial ability to so acquire any assets during that period was directly and substantially contributed to by his wife's work, both outside and in the home. As I have said, it was truly a pooling of finances and efforts.

The R.R.S.P. I find was similarly acquired.

It was then found after trial:

... I consider that ... those shares should represent shares to which Mrs. Leatherdale has made a substantial contribution in the manner which I have just set out.

The Court then applied what was considered to be the applicable portions of the Act as follows:

In my opinion, it matters little whether I consider that these shares and the R.R.S.P. are family assets as defined in Section 3 of the Family Law Reform Act or non-family assets as dealt with under Section 8. I say that it matters little because in the circumstances it would be a fair and equitable disposition of this issue, for me to hold that she has an approximate one half interest in each. I am not in a position to determine the tax liability to be incurred upon withdrawing the approximate amount of $10,000 from the R.R.S.P.

Accordingly, under Section 8(a), I direct that Mrs. Leatherdale be paid the sum of $20,000 respecting her interest in those two assets in her husband's name.

The Court of Appeal, speaking through Lacourcière J.A., found:

(a) "There was no direct financial contribution by the respondent [wife] to the acquisition of ... [the said assets]";

(b) Section 8 relating to non-family assets was not made the subject of any application by the wife but in any event she would have had to demonstrate that her contribution was "substantial," and direct to the acquisition of the said assets and not indirect. In any event the said assets are non-family assets and can only be distributed under s. 8 where the claimant spouse has made the contribution as therein required; and

(c) Section 4 is not applicable in these proceedings, the said assets not being "family assets" as defined in the Act, unless the division of the family assets was inequitable. Here, since the

obtenues en raison de son emploi n'a, selon moi, aucune importance. En fait, la femme, par son travail, tant à l'extérieur qu'au foyer, a contribué d'une manière directe et substantielle à sa capacité financière d'ainsi acquérir des biens au cours de cette période. Je le répète, il y a eu une véritable mise en commun des moyens financiers et des efforts.

Je conclus que le R.E.E.R. a été acquis de la même manière.

L'instruction a alors permis de conclure:

[TRADUCTION] ... je considère que M^me^ Leatherdale a fait un apport substantiel comme je viens de l'expliquer à l'acquisition de ... ces actions.

La Cour a alors appliqué les parties de la Loi qu'elle jugeait pertinentes:

[TRADUCTION] A mon avis, il importe peu que je considère les actions en cause et le R.E.E.R. comme des biens familiaux au sens de l'art. 3 de la *Loi sur la réforme du droit familial* ou comme des biens autres que familiaux visés à l'art. 8. Je dis cela parce qu'il serait juste et équitable en l'espèce de conclure qu'elle a droit à environ la moitié de l'un et de l'autre bien. Je ne suis pas en mesure de déterminer la charge fiscale qu'entraînera le retrait d'environ $10,000 du R.E.E.R.

Par conséquent, me fondant sur l'al. 8*a*), j'ordonne le paiement à M^me^ Leatherdale du montant de $20,000 au titre de sa part dans les deux biens enregistrés au nom de son mari.

La Cour d'appel, par l'intermédiaire du juge Lacourcière, a conclu:

[TRADUCTION]

a) «L'intimée [la femme] n'a pas fait d'apport direct en argent à l'acquisition des ... » biens en cause;

b) La femme n'a pas invoqué l'art. 8 qui vise les biens autres que familiaux, mais, de toute façon, il lui aurait fallu prouver que son apport a été «substantiel» et qu'il visait directement, et non simplement indirectement, à l'acquisition desdits biens. Quoi qu'il en soit, ceux-ci sont des biens autres que familiaux et ne peuvent faire l'objet d'une distribution en vertu de l'art. 8 que lorsque le conjoint réclamant a fait l'apport exigé par cet article; et

c) Etant donné qu'il ne s'agit pas de «biens familiaux» au sens de la Loi, l'art. 4 est inapplicable en l'espèce, à moins qu'il n'y ait eu partage inéquitable des biens familiaux. Ici, le partage

division of the family assets had been agreed upon by the parties and was not inequitable, unfair or unjust subs. (6) of s. 4 did not apply.

In the result the Court of Appeal struck out the award of a lump sum payment in the amount of $20,000 representing a one-half interest of the wife in the said assets as found by the learned trial judge.

It is apparent that the Court of Appeal determined the disposition of these proceedings on the basis that s. 8, which had been the basis for the award by the learned trial judge of $20,000 representing the interest of the wife in the said assets, was not available to the wife since no application had been made under that section. This view of the application seems to predominate throughout the judgment, for early in the reasons given by the Court of Appeal, after the reference to the fact that no application was ever made under s. 8, it was stated: "Both s. 8 and the constructive trust doctrine were relied upon by the plaintiff in the Nuti action, in contrast to the present case". The subject was returned to when the observation was made: "An application must be made under the section [s. 8];" and "In appropriate cases, applications are brought under both s. 4 and s. 8 and different considerations apply." In the end the Court disposed of the issue with reference to s. 4 rather than s. 8 stating:

Where, as in the present case, the division below was made under a section which we find inapplicable, it becomes necessary to give the judgment which ought to have been pronounced under the applicable section [s. 4] if we have before us all the evidence and materials necessary finally to determine the matters in controversy.

It would appear, therefore, notwithstanding the clear request under the notice of motion for an order at least in the alternative under s. 8, and notwithstanding that the parties had not agreed as between themselves by the opening of the trial as to whether or not the said assets were in fact family assets and "how they should be divided", that the Court of Appeal has disposed of the issue

des biens familiaux, décidé sur entente des parties, n'étant ni inéquitable ni injuste, le par. 4(6) ne s'applique pas.

En définitive, la Cour d'appel a infirmé la décision par laquelle le savant juge de première instance, conformément à sa conclusion que la femme avait droit à la moitié des biens en cause, a alloué à celle-ci un montant forfaitaire de $20,000.

De toute évidence, la Cour d'appel, en tranchant ce litige, a jugé que l'art. 8, sur lequel le savant juge de première instance s'est appuyé pour accorder le montant de $20,000 susmentionné, ne s'applique pas en l'espèce étant donné que la femme n'a pas présenté de demande fondée sur cet article. Ce point de vue paraît prédominer dans les motifs de la Cour d'appel, car vers le début, après avoir fait mention de l'absence d'une demande fondée sur l'art. 8, on ajoute: [TRADUCTION] «A la différence de la situation qui se présente en l'espèce, la demanderesse dans l'affaire Nuti a invoqué à la fois l'art. 8 et la doctrine de la fiducie virtuelle.» On revient sur le sujet dans les observations suivantes: [TRADUCTION] «Il doit y avoir une demande fondée sur cet article [l'art. 8]» et [TRADUCTION] «Dans certains cas il peut y avoir lieu de présenter à la fois une demande fondée sur l'art. 4 et une demande fondée sur l'art. 8 et les considérations applicables sont différentes selon qu'il s'agit de l'une ou de l'autre.» La Cour a fini par appuyer sa décision sur l'art. 4 plutôt que sur l'art. 8, en déclarant:

[TRADUCTION] Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le partage effectué en première instance repose sur un article que nous estimons inapplicable, il nous incombe alors, si nous sommes en possession de la preuve et des documents nécessaires pour trancher définitivement les questions litigieuses, de rendre le jugement qui aurait dû être rendu en vertu de l'article qui s'applique [l'art. 4].

Il paraît donc, bien qu'on ait demandé, du moins à titre subsidiaire, comme il ressort nettement de l'avis de requête, une ordonnance en vertu de l'art. 8, et bien qu'au début du procès les parties ne se soient pas entendues sur la question de savoir si les biens en cause étaient effectivement des biens familiaux ni [TRADUCTION] «comment on doit les partager», que la Cour d'appel a tranché le litige

on the basis that s. 8, not having been invoked, was not applicable.

As there are findings below that these assets are non-family assets, I turn first to s. 8 of the Act which is a provision applying to this class of assets.

**8.** Where one spouse or former spouse has contributed work, money or money's worth in respect of the acquisition, management, maintenance, operation or improvement of property, other than family assets, in which the other has or had an interest, upon application, the court may by order,

(*a*) direct the payment of an amount in compensation therefor; or

(*b*) award a share of the interest of the other spouse or former spouse in the property appropriate to the contribution,

and the court shall determine and assess the contribution without regard to the relationship of husband and wife or the fact that the acts constituting the contribution are those of a reasonable spouse of that sex in the circumstances.

There is no express reference in s. 8 as to the quantum, proportionate or otherwise, of the wife's contribution to the acquisition of the asset held by the husband. No doubt a miniscule contribution by a spouse would not attract any rights under the Act. Here there is no such suggestion. The findings of contribution by the wife (whether direct or indirect will be discussed shortly) were real and substantial and these findings below are amply supported by the evidence. I do not read *Fisher v. Fisher* (1979), 21 O.R. (2d) 105, where Grange J. at pp. 111-12 refers to a substantial contribution by the spouse, as being in any way inconsistent with this conclusion.

What then does the section require of a spouse in order to bring the section into operation. The spouse must contribute "money's worth" or "work". No argument was made that the wife here did not make such a contribution. The challenge facing the wife is the conclusion by the Court of Appeal that the contribution must be "directly" related to the acquisition of the said assets and not

en se fondant sur l'inapplicabilité de l'art. 8 du fait qu'il n'a pas été invoqué.

Comme les cours d'instance inférieure ont conclu qu'il s'agit en l'espèce de biens autres que familiaux, je passe d'abord à un examen de l'art. 8 de la Loi, qui s'applique à ce type de biens.

**8.** Sur demande d'un conjoint ou d'un ancien conjoint qui a fait un apport en travail, en argent ou qui s'évalue en argent à l'acquisition, à la gestion, à l'entretien, à l'exploitation ou à l'amélioration d'un bien autre que familial auquel l'autre conjoint a ou avait droit, la cour peut:

*a*) ordonner un versement compensatoire;

*b*) attribuer au demandeur une part du droit de l'autre conjoint de valeur équivalente à son apport.

La cour évalue l'apport comme si les parties n'étaient pas conjoints, et sans tenir compte du fait qu'un conjoint de ce sexe ferait normalement cet apport.

L'article 8 ne fixe pas expressément le montant proportionnel ou autre de l'apport de la femme à l'acquisition d'un bien détenu par le mari. Sans aucun doute un apport minime de la part d'un conjoint ne suffirait pas pour lui conférer des droits en vertu de la Loi. Cette considération ne joue toutefois pas en l'espèce, car d'après les conclusions des cours d'instance inférieure, conclusions qui sont largement étayées par la preuve, l'apport de la femme a été réel et substantiel (quant à la question de savoir s'il a été direct ou indirect, j'y reviendrai sous peu). Selon moi, le jugement dans l'affaire *Fisher v. Fisher* (1979), 21 O.R. (2d) 105, où le juge Grange parle aux pp. 111 et 112 d'un apport substantiel par le conjoint, n'est nullement incompatible avec les conclusions susmentionnées.

Que doit donc faire un conjoint pour que l'article s'applique? Il doit faire un apport «qui s'évalue en argent» ou «en travail». On n'a pas allégué en l'espèce l'absence d'un pareil apport de la part de la femme. Mais elle se heurte à un obstacle du fait que la Cour d'appel a conclu qu'il doit s'agir d'un apport «direct» à l'acquisition des biens en cause et non simplement d'un apport qui est indirect en ce

merely indirect in the sense that she helped create a condition wherein the husband was able to apply his earnings to the acquisition of the said assets. In the view of the learned trial judge the husband's financial ability to acquire the shares was "directly and substantially" contributed to by the wife's work outside and in the house. The Court of Appeal, while not differing as to these facts, concluded that the wife:

> . . . must establish a direct contribution of work, money or money's worth in respect of the acquisition, management, maintenance, operation or improvement of the non-family property, and not merely a contribution of money or money's worth to the marriage. The words underlined indicate that the Legislature intended that there should be a clear and direct connection between the contribution and the disputed property.

Later in the judgment of Lacourcière J.:

> However, s. 8 does not contain the statutory recognition given by s. 4(6)(b)(ii) to the indirect contribution of a spouse by his or her assumption of any of the joint responsibilities of child care, household management and financial contribution, thereby affecting the other spouse's ability to acquire, manage, maintain, operate or improve the property that is not a family asset.

His Lordship went on to state:

> The recognition in s. 4(6)(b)(ii) of this kind of indirect contribution forms no part of s. 8, and one must presume that the Legislature intended to confine its operation to a s. 4 division of assets between spouses.

Whether the words "in respect of" logically lead to a requirement of direct contribution to the acquisition of the said assets depends upon the meaning of that phrase in the setting in which it is found in the sentence which forms s. 8. Of controlling importance, in my view, in this process of interpretation, is the meaning properly to be accorded to the word "property" which follows this phrase. The applicable wording reads:

> Where . . . [the] spouse . . . has contributed . . . money's worth in respect of the acquisition . . . of property . . .

Is the word "property" singular or plural, specific or general, as employed in this section? In s. 1(3)(*c*) of *The Family Law Reform Act*, 1975

sens que la femme a aidé à créer une situation où le mari pouvait consacrer ses revenus à l'acquisition des biens en cause. Selon le savant juge de première instance, la femme, par son travail, tant à l'extérieur qu'à la maison, a contribué «d'une manière directe et substantielle» à la capacité financière du mari d'acquérir les actions. La Cour d'appel, bien que d'accord quant à ces faits, a conclu que la femme:

> [TRADUCTION] . . . doit établir qu'[elle] a fait un apport direct en travail, en argent ou qui s'évalue en argent à l'acquisition (*in respect of the acquisition*), à la gestion, à l'entretien, à l'exploitation ou à l'amélioration du bien autre que familial et non simplement un tel apport au mariage. Les mots soulignés indiquent l'intention du législateur qu'il y ait un lien manifeste et direct entre l'apport et le bien faisant l'objet de contestation.

Plus loin le juge Lacourcière dit ce qui suit:

> [TRADUCTION] Cependant, à la différence du sous-al. 4(6)b)(ii), l'art. 8 ne reconnaît pas l'apport indirect que fait un conjoint lorsqu'il prend sur lui les charges communes relatives aux enfants, à la gestion du foyer et à la contribution aux revenus, permettant ainsi à l'autre conjoint de se livrer à l'acquisition, à la gestion, à l'entretien, à l'exploitation ou à l'amélioration d'un bien autre que familial.

Sa Seigneurie ajoute:

> [TRADUCTION] Si le sous-al. 4(6)b)(ii) reconnaît ce type d'apport indirect, il n'en est pas de même de l'art. 8, et on doit présumer que le législateur a voulu que l'application de cet article soit limitée au cas d'un partage de biens entre conjoints en vertu de l'art. 4.

La réponse à la question de savoir s'il découle logiquement de l'emploi à l'art. 8 du mot «à» [l'acquisition] (*in respect of the acquisition*) qu'il doit y avoir apport direct à l'acquisition des biens en cause, dépend du sens de ce mot dans le contexte de l'art. 8. Dans ce processus d'interprétation il est, selon moi, d'une importance capitale de déterminer le vrai sens du mot «bien» qui figure plus loin dans l'art. 8. Voici les mots pertinents de cet article:

> [Lorsque le] conjoint . . . a fait un apport . . . qui s'évalue en argent à l'acquisition . . . d'un bien autre que familial . . .

Le mot «bien» employé dans cet article désigne-t-il un seul bien ou plus d'un, est-il d'une portée spécifique ou générale? Aux termes de l'al. 1(3)*c*)

(Ont.), c. 41, the predecessor of s. 8 of the 1978 Act, the spouse's contribution had to be "in respect of the acquisition . . . of a property". The wording of the present provision, however, clearly suggests a wider scope. The word "property" is used to refer to property which is not included in the defined term "family assets". It may be proper to substitute for the words "property, other than family assets," the expression "non-family assets". In that sense the word property is generic and not specific.

The wording employed in the section lacks precision and is ambiguous in that the language can be read as referring to "all" or "any" property, or it may mean "each" property. The reference in subpara. (*b*) to "the property" does not relieve the doubt because it merely refers back to "property, other than family assets", which revives the uncertainty. In my interpretation of these words, the reference is to two groups of property, "family assets" and "non-family assets", and does not require a spouse to identify the item of property to which he or she has made contribution in acquisition. To read any other meaning into these words as employed in this section is to place an unnatural strain on the general language employed by the Legislature in establishing a legislative plan which is introduced by the following recital of purpose or object of the Act:

AND WHEREAS for that purpose it is necessary to recognize the equal position of spouses as individuals within marriage and to recognize marriage as a form of partnership;

Furthermore, with respect, I adopt the observation of the learned trial judge that this statute is clearly one of remedial nature and therefore should attract in its interpretation s. 10 of *The Interpretation Act* which states in part that the terms of the statute "shall accordingly receive such fair, large and liberal construction and interpretation as will best insure the attainment of the object of the Act according to its true intent, meaning and spirit". It may be that a comparison of the terminology in s. 4 will throw some light on the proper interpretation of s. 8. Section 4 provides:

de *The Family Law Reform Act*, 1975 (Ont.), chap. 41, disposition qui a été remplacée par l'art. 8 de la Loi de 1978, l'apport du conjoint devait être relié [TRADUCTION] «à l'acquisition ... d'un bien» purement et simplement. Cependant, il se dégage nettement du texte de la disposition actuelle que celle-ci est de portée plus large. En effet, le terme «bien» désigne des biens non compris dans la définition des mots «bien familial». On peut donc substituer aux mots «bien autre que familial» l'expression «bien non familial». De ce point de vue le mot «bien» est générique plutôt que spécifique.

Le texte de l'art. 8 est à la fois imprécis et ambigu en ce sens qu'il peut viser «l'ensemble des» biens comme il peut viser «chaque» bien. Les mots «*the property*» qui figurent dans le texte anglais de l'al. 8*b*) ne dissipent pas cette incertitude parce qu'ils renvoient simplement aux mots «*property, other than family assets*». Selon mon interprétation, ces mots désignent aussi bien les «biens familiaux» que les «biens autres que familiaux» et un conjoint n'est nullement tenu de préciser le bien à l'acquisition duquel il a fait un apport. Dans le contexte de l'art. 8, donner à ces mots un autre sens serait dénaturer le langage général employé par le législateur pour établir une politique législative dont voici la déclaration d'objet:

ATTENDU qu'il est nécessaire pour atteindre ce but de reconnaître l'égalité des conjoints dans le mariage, et de reconnaître au mariage la qualité de société.

De plus, avec égards, je fais mienne l'observation du savant juge de première instance selon laquelle nous sommes ici de toute évidence en présence d'une loi de nature réparatrice à laquelle s'applique donc l'art. 10 de *The Interpretation Act* qui porte notamment que pareille loi [TRADUCTION] «doit en conséquence s'interpréter de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de l'objet de la loi selon son esprit, son intention et son sens véritables». Peut-être qu'un examen du texte de l'art. 4 nous éclairera sur la bonne interprétation de l'art. 8. L'article 4 dispose:

**4.**—(1) Subject to subsection (4), where a decree *nisi* of divorce is pronounced or a marriage is declared a nullity or where the spouses are separated and there is no reasonable prospect of the resumption of cohabitation, each spouse is entitled to have the family assets divided in equal shares notwithstanding the ownership of the assets by the spouses as determinable for other purposes and notwithstanding any order under section 7.

(2) The court may, upon the application of a person who is the spouse of another, determine any matter respecting the division of family assets between them.

(3) The rights under subsection (1) are personal as between the spouses but any application commenced under subsection (2) before the death of a spouse may be continued by or against the estate of the deceased spouse.

(4) The court may make a division of family assets resulting in shares that are not equal where the court is of the opinion that a division of the family assets in equal shares would be inequitable, having regard to,

(*a*) any agreement other than a domestic contract;

(*b*) the duration of the period of cohabitation under the marriage;

(*c*) the duration of the period during which the spouses have lived separate and apart;

(*d*) the date when the property was acquired;

(*e*) the extent to which property was acquired by one spouse by inheritance or by gift; or

(*f*) any other circumstance relating to the acquisition, disposition, preservation, maintenance, improvement or use of property rendering it inequitable for the division of family assets to be in equal shares.

(5) The purpose of this section is to recognize that child care, household management and financial provision are the joint responsibilities of the spouses and that inherent in the marital relationship there is joint contribution, whether financial or otherwise, by the spouses to the assumption of these responsibilities, entitling each spouse to an equal division of the family assets, subject to the equitable considerations set out in subsections (4) and (6).

(6) The court shall make a division of any property that is not a family asset where,

(*a*) a spouse has unreasonably impoverished the family assets; or

**4.**—(1) Le jugement conditionnel de divorce, le jugement de nullité du mariage et la séparation de corps lorsque la réconciliation est peu probable ouvrent droit au partage des biens familiaux entre les conjoints. Ne font pas obstacle au partage la reconnaissance à d'autres fins de la propriété de l'un ou l'autre, ni l'ordonnance rendue en vertu de l'article 7. Sous réserve du paragraphe (4) le partage se fait en parts égales.

(2) A la requête de l'un des conjoints la cour peut régler les modalités du partage.

(3) La demande en partage ne revient qu'aux conjoints. Toutefois, l'instance commencée du vivant d'un conjoint peut être continuée par ou contre sa succession.

(4) La cour peut prononcer un partage en parts inégales si elle est d'avis que le partage en parts égales serait inéquitable compte tenu des facteurs suivants:

*a*) les accords autres qu'un contrat familial;

*b*) la durée de la cohabitation en mariage;

*c*) la durée de la séparation de corps;

*d*) la date d'acquisition des biens;

*e*) le droit dans un bien acquis par l'un des conjoints par succession ou par donation entre vifs;

*f*) toute autre circonstance ayant trait à l'acquisition, à la disposition, à la conservation, à l'entretien, à l'amélioration ou à l'usage d'un bien qui rendrait inéquitable le partage en parts égales.

(5) Le présent article vise à donner effet au caractère commun des charges familiales relatives aux enfants, à la gestion du foyer, à la contribution aux revenus et de la responsabilité, implicite au mariage, de pourvoir à ces charges. Cette communauté du passif fonde le partage en parts égales de l'actif, sous réserve des considérations énoncées aux paragraphes (4) et (6).

(6) La cour partage un bien autre que familial pour l'un des motifs suivants:

*a*) l'épuisement anormal des biens familiaux par l'un des conjoints;

(*b*) the result of a division of the family assets would be inequitable in all the circumstances, having regard to,

(i) the considerations set out in clauses (4)(*a*) to (*f*), and

(ii) the effect of the assumption by one spouse of any of the responsibilities set out in subsection, (5) on the ability of the other spouse to acquire, manage, maintain, operate or improve property that is not a family asset.

Section 4 comes into operation only on marriage breakdown. Section 8 has no such limitation. It is available generally, and makes no reference to s. 4 or any other provision in the Act. Section 4 is less precise about the rights of a former spouse than s. 8 where a person is expressly brought within the section. Section 4(2), (3) appears to limit the range of s. 4 to the present spouse. Subject to the "equitable considerations" set out in subss. (4) and (6), the section recognizes "joint contribution, whether financial or otherwise", and each spouse is entitled to have the family assets divided equally.

It is s. 4(6) that extends the section to assets other than those defined as "family assets". This subsection is a directive to the court expressed in mandatory terms to divide non-family assets on a basis not specified in the subsection, where the conditions enumerated in the subsection exist. Unless the statute elsewhere provides (and it does not), it must be taken that the mode of division or disposition in subs. (6) is such as to remedy the condition which triggered the application of subs. (6).

The circumstances described in subs. (6)(*b*) alone could trigger the extention of s. 4 in these proceedings to include non-family assets. Here the learned trial judge found that the parties had not reached agreement as to whether the said assets were "family assets". Hence the division of those family assets which were settled by agreement could not be taken as being a final agreement and binding without regard to the settlement of the division of all assets in whatever statutory category

*b*) le résultat du partage des seuls biens familiaux serait inéquitable, compte tenu:

(i) des facteurs énoncés aux alinéas 4*a*) à *f*),

(ii) du fait que l'un des conjoints, en prenant sur lui une partie des responsabilités énoncées au paragraphe (5), a permis à l'autre de se livrer à l'acquisition, à la gestion, à l'entretien, à l'exploitation ou à l'amélioration d'un bien autre que familial.

L'article 4 ne s'applique qu'en cas de rupture du mariage. L'article 8, par contre, n'est pas soumis à cette restriction. Il s'agit d'une disposition d'application générale qui ne renvoie ni à l'art. 4 ni à aucun autre article de la Loi. A la différence de l'art. 8 qui vise expressément un ancien conjoint, l'art. 4 est moins clair sur les droits de celui-ci. En effet, les par. 4(2) et (3) semblent limiter la portée de l'art. 4 au conjoint actuel. Sous réserve des considérations énoncées aux par. (4) et (6), l'art. 4 donne effet au «caractère commun de la responsabilité ... de pourvoir» [tant celle de nature pécuniaire qu'autre], aux charges familiales, et les conjoints ont droit au partage en parts égales des biens familiaux.

C'est son par. (6) qui rend l'art. 4 applicable à des biens autres que ceux relevant de la définition des mots «bien familial». Ce paragraphe ordonne à la Cour, sans en préciser le mode, d'effectuer dans les circonstances énumérées le partage des biens autres que familiaux. Sauf disposition contraire de la Loi (et il n'y en a pas), il faut présumer que le mode de partage ou de disposition prévu au par. (6) vise à redresser la situation qui a entraîné l'application de ce paragraphe.

En l'espèce, les seules circonstances décrites à l'al. (6)*b*) pourraient déclencher l'application de l'art. 4 aux biens autres que familiaux. Le savant juge de première instance a conclu que les parties ne s'étaient pas entendues sur la question de savoir si les biens en cause sont des «biens familiaux». Par conséquent, tant que n'était pas réglé le partage de tous les biens, quelle que soit leur catégorie, l'entente relative au partage des seuls biens familiaux ne pouvaient être considérée comme définitive et

they may be. It could hardly be otherwise when having regard to the above-quoted statement by the trial judge repeated here for convenience:

> I have no doubt that the intention of the parties was, as expressed by Mrs. Leatherdale, that the Bell Telephone shares and the R.R.S.P. acquired by reason of selling some of those shares was for their common retirement benefit.

The Court of Appeal, through Lacourcière J.A., commented:

> The documents filed in lieu of pleadings and the opening statement of applicant's counsel at trial alleged that the disputed personal property was a family asset.

It can hardly be concluded in these circumstances that the parties had agreed that the settlement of the distribution of the admitted family assets was "equitable" *in vaccuo*. Subsection (6)(*b*) directs the Court to divide non-family assets where "the result of a division of the family assets [where so found] would be inequitable in all the circumstances". One of the relevant circumstances listed in that subsection is the inability of the Court to achieve a division of all the assets which reflects "the effect of the assumption by one spouse of any of the responsibilities set out in subs. (5) on the ability of the other spouse to acquire . . . property that is not a family asset". Here the trial judge has found, and that finding is not challenged by the Court of Appeal, that the wife's participation in the joint venture of the marriage enabled the husband to acquire the said assets. It was also found by the trial judge and concurrently by the Court of Appeal that the said assets were to be "for their common retirement". If the parties could not agree on the performance of this accord, and the Court could not bring about its performance under the Act, then this must surely be "a circumstance" rendering the initial division of the family assets "inequitable", and thereby authorizing, indeed directing, an order pursuant to subs. (6) for the division of the non-family assets. The wording of subs. 6 is somewhat cumbersome and perhaps not as express as it might be. Nonetheless the terminology employed by the Legislature can be set out, by eliminating the unnecessary wording

exécutoire. Il ne pouvait guère en être autrement, compte tenu de la déclaration suivante du premier juge, que j'ai déjà citée et que je répète ici par commodité:

> [TRADUCTION] Je n'ai pas le moindre doute que l'intention des parties était, comme l'a dit Mme Leatherdale, que les actions de Bell Canada ainsi que le R.E.E.R. acquis par suite de la vente d'une partie de ces actions servent de fonds de retraite commun.

La Cour d'appel, par l'intermédiaire du juge Lacourcière, fait remarquer:

> [TRADUCTION] Dans les documents produits pour tenir lieu de conclusions écrites ainsi que dans ses observations initiales, l'avocat de la demanderesse a allégué en première instance que les biens meubles en cause sont des biens familiaux.

Dans ces circonstances, on ne saurait guère conclure que les parties étaient d'accord dans l'abstrait sur le caractère «équitable» de la distribution des biens reconnus comme des biens familiaux effectuée par l'entente. L'alinéa 6)*b*) ordonne à la Cour de partager les biens autres que familiaux lorsque «le résultat du partage des seuls biens familiaux serait inéquitable». Aux termes de l'al. (6)*b*), il y a injustice notamment dans la situation où la cour se voit dans l'impossibilité de réaliser un partage de tous les biens qui tient compte «du fait que l'un des conjoints, en prenant sur lui une partie des responsabilités énoncées au par. (5), a permis à l'autre de se livrer à l'acquisition . . . d'un bien autre que familial». En l'espèce, le premier juge a conclu, et la Cour d'appel n'y a pas vu d'objection, que l'apport de la femme au mariage a permis au mari d'acquérir les biens en cause. Le juge de première instance de même que la Cour d'appel en sont arrivés en outre à la conclusion que ces biens devaient servir de «fonds de retraite commun». Si les parties n'ont pu s'accorder sur l'exécution de cette entente et que la Cour n'a pu exiger son exécution en vertu de la Loi, cela doit sûrement constituer une circonstance qui rend «inéquitable» le partage initial des biens familiaux, et une ordonnance portant partage des biens autres que familiaux fondée sur le par. (6) est dès lors non seulement permise, elle est obligatoire. Le texte du par. (6) présente une certaine lourdeur et n'est peut-être pas aussi explicite qu'il pourrait l'être. Si l'on fait toutefois abstraction de tout ce

in the context of the issues arising in this appeal, as follows:

> The court shall [divide the non-family assets] where ... the result of a division of the family assets would be inequitable in all the circumstances ... [including] the effect ... on the ability of the ... [husband] to acquire [non-family assets of the wife's assumption of the joint responsibilities set out in subsection 5].

Whether or not the expression in subs. (6)(*b*) "having regard to" can be equated to the expression "including", the provisions of subpara. (*b*)(ii) must be taken into the consideration of "all the circumstances" surrounding the division of the family assets. Such a division would be rendered inequitable if it flew in the face of, or produced a result diametrically opposed to, that contemplated by the spouses in their agreement with respect to the retirement fund established by the said assets.

In short, therefore, I conclude that:

(a) Section 8(*a*) forms a proper foundation for the division of the said assets by the learned trial judge; and,

(b) Section 4(6)(*b*)(ii) likewise authorizes this disposition.

Two technical points can be put against these conclusions. Firstly, in the reference for the trial of an issue, the referral order does not expressly restate the notice of motion wherein the wife asks for a division of the said assets under s. 8. In family law particularly, and nowadays in most litigation, the fate of the parties should not be settled by pleadings, especially where the consideration in question is really procedural. The issue was, in the view of all the parties at all times, to settle the disposition of the said assets, and the opening statement of counsel at trial makes this conclusively clear. Secondly, the trial judge did not make the requisite determination in explicit terms that the equal division of the "family assets" in isolation was not equitable by reason of the necessarily consequential breach of the spousal accord to dedicate the said assets to their "common retirement"; and hence that s. 4(6)(*b*)(ii) came into play. Again in the field of family law the answer is

qui est superflu dans le contexte des questions soulevées en l'espèce, le par. (6) s'énonce ainsi:

> La cour partage [les biens autres que familiaux] pour l'un des motifs suivants: ... le résultat du partage des seuls biens familiaux serait inéquitable ... du fait [notamment] que [la femme], en prenant sur [elle] les responsabilités énoncées au paragraphe (5), a permis [au mari] de se livrer à l'acquisition ... d'un bien autre que familial.

Peu importe que l'expression «compte tenu» qui figure à l'al. (6)*b*) soit ou non équivalente au mot «notamment», il faut tenir compte des dispositions du sous-al. *b*)(ii) dans le contexte du partage des biens familiaux. En l'espèce, ce partage serait inéquitable s'il produisait un effet diamétralement opposé à ce qu'ont envisagé les conjoints dans leur entente relativement au fonds de retraite que constituaient les biens en cause.

Je conclus donc en bref:

a) que c'est à bon droit que le savant juge de première instance s'est fondé sur l'al. 8*a*) pour effectuer le partage des biens en cause; et

b) que le sous-al. 4(6)*b*)(ii) permet d'en arriver au même résultat.

Il y a deux points à caractère purement technique qu'on peut soulever à l'encontre de ces conclusions. En premier lieu, l'ordonnance d'instruction de la question litigieuse ne reprend pas expressément l'avis de requête dans lequel la femme a demandé le partage des biens en cause en vertu de l'art. 8. Dans la plupart des litiges de nos jours et particulièrement dans le cas de ceux qui relèvent du droit de la famille, il ne sied guère que le sort des parties ne tienne qu'aux conclusions écrites, surtout lorsque ce qui est en jeu est en réalité une simple question de procédure. Les parties n'ont jamais voulu autre chose que le règlement du partage des biens en cause, ce qui se dégage nettement des observations initiales de l'avocat en première instance. En second lieu, le premier juge n'a pas expressément conclu, comme il aurait dû le faire, que le partage des seuls «biens familiaux» serait inéquitable puisque cela emporterait nécessairement la violation de l'accord entre les con-

short and clear. Litigation of family issues must be, within the limits authorized by law, expeditious and final as well as just. Here the findings at trial, undisturbed in some instances and concurrent in others in the Court of Appeal, incontrovertibly found the equitable solution (if in law available) to be an equal division of the family assets and the said assets. It follows inexorably that one without the other would be inequitable; hence, the order of the trial judge under either the family asset or the non-family asset provisions of the Act was the same.

I am confirmed in my view of these two sections of the Act by this result, recognizing as it does that there is no distinction in the law as established by the statute between the claim of a current spouse and a former spouse with reference to the division of all the assets of the family.

Concerning the status of the law of constructive and other trusts in the regime of *The Family Law Reform Act*, I wish only to say that I am in respectful agreement with the Chief Justice that the statute law now prevails.

I wish to add only that this comprehensive legislation, dealing with matters arising in domestic relations, should, in my view, be read by the courts in a broad and generous manner so as to promote the announced and evident objectives of the Act. Family law, more than any other branch of the law, must provide, where it is possible, simple and clear rules which readily lend themselves to expeditious application in the trial courts. Litigation over family matters is never economic, always a heavy expense and a painful experience. The simpler the rules, the easier their application by the courts; and even more importantly, the more

joints de consacrer les biens présentement en cause à leur retraite; par conséquent, il n'a pas conclu à l'applicabilité du sous-al. 4(6)*b*)(ii). Là encore, pour ce qui a trait au droit de la famille, la réponse est à la fois brève et claire. Autant que cela est juridiquement possible, les procédures familiales doivent être expéditives et aboutir à une décision à la fois définitive et juste. Ici la cour de première instance a conclu de façon indiscutable que la solution équitable (si tant est que la loi admette cette possibilité) consistait à partager en parts égales les biens familiaux ainsi que les biens en cause; à cet égard, la Cour d'appel a laissé intactes les conclusions de la cour de première instance ou tiré elle-même des conclusions concordantes. Il s'ensuit inéluctablement que le partage égal d'un type de biens sans le partage de l'autre serait inéquitable; c'est pourquoi l'ordonnance du premier juge, que celle-ci fût fondée sur les dispositions de la Loi relatives aux biens familiaux ou sur celles relatives aux biens autres que familiaux, était la même.

Ce résultat confirme mon interprétation de ces deux articles, car la Loi n'admet pas de distinction entre la réclamation d'un conjoint et celle d'un ex-conjoint relativement au partage de l'ensemble des biens de la famille.

Pour ce qui est de l'incidence de la *Loi sur la réforme du droit familial* sur le droit des fiducies virtuelles et des autres types de fiducies, je tiens simplement à préciser que je suis d'accord avec le Juge en chef que c'est maintenant la Loi qui prévaut.

J'ajouterais seulement que les cours doivent, selon moi, interpréter cette législation d'ensemble sur les relations familiales d'une façon large et généreuse de manière à favoriser la réalisation de ses objets manifestes. En droit de la famille, plus que dans tout autre domaine du droit, il doit y avoir, autant que possible, des règles à la fois simples et claires qui se prêtent facilement à une application expéditive par les cours de première instance. Les litiges en matière familiales ne sont jamais avantageux; toujours ils entraînent de lourdes dépenses et l'expérience en est pénible. Plus les règles seront simples, plus leur application par les

readily applied by the legal advisers to the members of the family who must always strive to settle family differences without recourse to the delays, expense and pain of court proceedings. In more specific terms, I do not believe, with all respect to those holding different views, that s. 4 and s. 8 should be read as competitive or water-tight divisions of the Act. Both provisions are aimed at the same problem; the overall settlement of differences in the family over property matters on a fair and equitable basis, once and for all. I would therefore allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the order of the trial court. The Court of Appeal did not believe this to be a case for costs. I am in full agreement and would make no order as to costs in this Court.

*Appeal allowed*, ESTEY J. *dissenting in part.*

*Solicitors for the appellant: Linda Silver Dranoff & Associates, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Brian J. Hornsby, Toronto.*

cours sera facile et, plus important encore, plus il sera facile aux conseillers juridiques de les appliquer aux membres de la famille qui doivent toujours s'efforcer de régler leur différends familiaux sans recourir à des procédures judiciaires longues, coûteuses et pénibles. Pour être plus précis, j'estime, avec égards pour ceux qui sont d'avis contraire, qu'il n'y a pas de cloison étanche entre les art. 4 et 8 de la Loi et qu'il n'y a pas non plus concurrence entre les deux. Ils visent un objet commun, savoir le règlement complet et définitif, conformément aux exigences de la justice et de l'équité, des différends familiaux relatifs aux biens. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir celle de la cour de première instance. La Cour d'appel a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'adjuger de dépens. Je suis entièrement d'accord et suis d'avis de ne pas adjuger de dépens en cette Cour.

*Pourvoi accueilli, le juge* ESTEY *est dissident en partie.*

*Procureurs de l'appelante: Linda Silver Dranoff & Associates, Toronto.*

*Procureur de l'intimé: Brian J. Hornsby, Toronto.*

**Marvco Color Research Limited** *Appellant*;

and

**Dennis Harris and Thora Harris** *Respondents.*

File No.: 16460.

1982: November 3; 1982: December 6.

Present: Laskin C.J., Ritchie, Dickson, Estey and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Contracts — Non est factum — Document, signed by respondents without being read, not as represented — Applicability of defence of non est factum.*

This action was for foreclosure on a charge executed by respondents at the behest of one Johnson in connection with his acquisition of an associate's interest in a firm. The charge was, in fact, a collateral security securing the performance of the covenantors under a Deed of Covenants and it was relied upon by the appellant in releasing one Suwald from his obligations under a chattel mortgage given by him and Johnson at the time of the purchase of the firm from appellant. Respondents executed the charge, without reading it, on Johnson's assurances that the document being signed related to minor adjustments to an earlier mortgage executed by respondents, the funds from which had been advanced in connection with Johnson's transaction. In reality, however, the document was a second charge in favour of the appellant. The issue is whether or not *non est factum*, respondents' only defence, is available.

*Held*: The appeal should be allowed.

The defence of *non est factum* was not available to respondents. Any person who fails to exercise reasonable care in signing a document is precluded from relying on *non est factum* as against a person who relies upon that document in good faith and for value. The application of the principle, which is based in part on the need for commercial certainty and security, depends on the circumstances of each case. Here, while both appellant and respondents are innocent of any wrongdoing as against any persons, it was the carelessness of the respondents which resulted in the wrongdoing being able to inflict the loss. Simple justice demanded that the party able to prevent the loss through the exercise of reasonable care

**Marvco Color Research Limited** *Appelante*;

et

**Dennis Harris et Thora Harris** *Intimés.*

N° du greffe: 16460.

1982: 3 novembre; 1982: 6 décembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Estey et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Contrats — Non est factum — Le document signé par les intimés sans le lire est différent de celui décrit — Applicabilité de la défense de non est factum.*

Il s'agit d'une action en forclusion d'une charge que les intimés ont signée sur l'ordre d'un nommé Johnson relativement à l'acquisition, par ce dernier, de la part d'un associé dans une entreprise. En fait, la charge était une garantie subsidiaire pour garantir l'exécution des engagements pris par les débiteurs en vertu d'un contrat, et c'est sur la foi de cette obligation que l'appelante a libéré un nommé Suwald de ses obligations en vertu d'une hypothèque mobilière consentie par lui-même et Johnson au moment de l'achat de l'entreprise à l'appelante. Les intimés ont signé la charge sans la lire, lorsque Johnson les a assurés que le document à signer se rapportait à des corrections mineures apportées à une hypothèque que les intimés avaient signée antérieurement et pour laquelle des sommes avaient été avancées relativement à l'achat fait par Johnson. En réalité cependant, le document était une deuxième hypothèque en faveur de l'appelante. Il s'agit de décider si la défense de *non est factum*, la seule défense des intimés, peut être invoquée avec succès.

*Arrêt*: Le pourvoi est accueilli.

Les intimés ne peuvent invoquer la défense de *non est factum*. Une personne qui omet de prendre des précautions raisonnables lorsqu'elle signe un document ne peut invoquer la défense de *non est factum* à l'encontre d'une personne qui se fie à ce document de bonne foi et contre valeur. L'application de ce principe, qui s'appuie en partie sur le besoin de certitude et de sécurité dans le commerce, dépend des circonstances de chaque cas. En l'espèce, bien que l'appelante et les intimés n'aient commis aucun tort à qui que ce soit, la conduite insouciante des intimés a permis que le tort entraîne une perte. La simple justice exige que la partie qui pouvait empêcher la perte en exerçant une diligence raisonnable

should bear that loss when the only other alternative would be for the innocent appellant to bear it.

*Prudential Trust Co. Ltd. et al. v. Cugnet*, [1956] S.C.R. 914, overturned; *Carlisle and Cumberland Banking Co. v. Bragg*, [1911] 1 K.B. 489, not followed; *Saunders v. Anglia Building Society*, [1971] A.C. 1004, applied; *Foster v. Mackinnon* (1869), L.R. 4 C.P. 704, considered; *Howatson v. Webb*, [1907] 1 Ch. 537, aff'd [1908] 1 Ch. 1; *Muskham Finance Ltd. v. Howard*, [1963] 1 Q.B. 904; *Commercial Credit Corporation Ltd. v. Carroll Bros. Ltd.* (1971), 20 D.L.R. (3d) 504; *Custom Motors Ltd. v. Dwinell* (1975), 61 D.L.R. (3d) 342, 12 N.S.R. (2d) 524 (N.S.C.A.); *Bank of Nova Scotia v. Battiste* (1979), 22 Nfld. & P.E.I.R. 192 (Newfoundland Trial Division); *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Kanadian Kiddee Photo Ltd. and Romano*, [1979] 3 W.W.R. 256 (B.C.S.C.); *Waberley v. Cockerel* (1542), 1 Dy. 51. a., referred to.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1980), 115 D.L.R. (3d) 512, 30 O.R. (2d) 162, dismissing an appeal from a judgment of Grange J. Appeal allowed.

*W. A. D. Millar*, for the appellant.

*John J. Lawlor*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—This is an action for foreclosure on a mortgage (or more accurately, a charge under *The Land Titles Act*, R.S.O. 1970, c. 234) securing the sum of $55,650.43 granted by the respondents to the appellant. The only defence raised in the action was that of *non est factum*. The respondents unquestionably executed the charge in favour of the appellant and it is clear that the appellant has not been guilty of fraud or improper conduct of any kind, and in concurrent findings below has been found to be, but for *non est factum*, fully entitled to the relief requested. The respondents executed the charge at the request of a third party, Johnston, in connection with the acquisition by Johnston of an interest of an associate in a firm owned by Johnston and the associate. In connection with this acquisition the respondents had advanced $15,000 in cash raised by them through an earlier mortgage on the same property, granted by them to the Bank of Montreal. The husband,

assume cette perte lorsque la seule autre solution serait de faire supporter cette perte par l'appelante innocente.

Jurisprudence: arrêt écarté: *Prudential Trust Co. Ltd. et al. c. Cugnet*, [1956] R.C.S. 914; arrêt non suivi: *Carlisle and Cumberland Banking Co. v. Bragg*, [1911] 1 K.B. 489; arrêt appliqué: *Saunders v. Anglia Building Society*, [1971] A.C. 1004; arrêt examiné: *Foster v. Mackinnon* (1869), L.R. 4 C.P. 704; arrêts mentionnés: *Howatson v. Webb*, [1907] 1 Ch. 537, confirmé par [1908] 1 Ch. 1; *Muskham Finance Ltd. v. Howard*, [1963] 1 Q.B. 904; *Commercial Credit Corporation Ltd. v. Carroll Bros. Ltd.* (1971), 20 D.L.R. (3d) 504; *Custom Motors Ltd. v. Dwinell* (1975), 61 D.L.R. (3d) 342, 12 N.S.R. (2d) 524 (C.A. N.-É); *Bank of Nova Scotia v. Battiste* (1979), 22 Nfld. & P.E.I.R. 192 (Division de première instance de Terre-Neuve); *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Kanadian Kiddee Photo Ltd. and Romano*, [1979] 3 W.W.R. 256 (C.S.C.-B.); *Waberley v. Cockerel* (1542), 1 Dy. 51. a.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1980), 115 D.L.R. (3d) 512, 30 O.R. (2d) 162, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Grange. Pourvoi accueilli.

*W. A. D. Millar*, pour l'appelante.

*John J. Lawlor*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—Il s'agit d'une action en forclusion d'une hypothèque (ou, plus précisément, d'une charge en vertu de *The Land Titles Act*, R.S.O. 1970, chap. 234) que les intimés ont consentie à l'appelante en garantie de la somme de $55,650.43. La défense de *non est factum* est la seule défense soulevée dans l'action. Il est incontestable que les intimés ont signé l'obligation en faveur de l'appelante et il est évident que l'appelante n'est pas coupable de fraude ou d'une conduite répréhensible, et il est constant dans les cours d'instance inférieure que, sous réserve de la défense de *non est factum*, l'appelante a pleinement droit au redressement demandé. Les intimés ont signé la charge à la demande d'un tiers, Johnston, relativement à l'acquisition, par Johnston, de la part d'un associé dans une entreprise que possédaient Johnston et l'associé. Relativement à cette acquisition, les intimés avaient avancé $15,000 comptant qu'ils s'étaient procurés au moyen d'une

Dennis Harris, one of the respondents, had also executed a contract of guarantee in favour of the appellant of the same principal sum as secured by the mortgage which is the subject of this action. In this guarantee the appellant, in consideration of the covenants by the respondent husband and Johnston, released its claims against Suwald, the person whose interest in the firm was being purchased by Johnston. Prior to the release, Suwald had been liable to the appellant on a covenant in a chattel mortgage which had been given by Johnston and Suwald at the time of the purchase of the firm from the appellant. Apparently on the same day, but after this contract of guarantee was executed, the respondents signed the mortgage or charge in question, the last paragraph of which included the following passage typed in a blank space in the form of charge used by the parties:

This mortgage is given as collateral security for the liability of Dennis Albert Harris under the terms of a Deed of Covenants bearing even date wherein the said Dennis Albert Harris and the Mortgagee are (inter alia) parties as co-covenantor and covenantee respectively. No financial liability on the part of the Mortgagors shall arise hereunder unless and until there shall be default on the part of the covenantors of the terms of the said Deed of Covenants and no rights shall accrue to the Mortgagee prior to any such default. The Mortgagee agrees with the Mortgagors that it will pursue all other remedies under the Deed of Covenants and Chattel Mortgage referred to therein before enforcing the security hereby constituted. Discharge of the liabilities arising under the Deed of Covenants and the said Chattel Mortgage shall rank pro tanto as a discharge (or partial discharge, as the case may be) of the principal secured hereby. All other terms and conditions of this Mortgage shall be read and construed accordingly.

The mortgage was in fact, therefore, a collateral security granted by the respondents in favour of the appellant securing the performance by the covenantors, including the respondent husband, and it was relied upon by the appellant in releasing Suwald from his obligations under the chattel mortgage.

hypothèque antérieure sur le même immeuble qu'ils avaient consentie à la Banque de Montréal. L'époux, Dennis Harris, un des intimés, avait également signé en faveur de l'appelante un contrat servant à garantir le même montant de capital que celui visé par l'hypothèque dont il s'agit en l'espèce. Par cette garantie, en considération des engagements de l'époux intimé et de Johnston, l'appelante a renoncé à ses droits contre Suwald, la personne dont la part dans l'entreprise a été achetée par Johnston. Antérieurement à cette quittance, Suwald était responsable envers l'appelante en vertu d'un engagement garanti par hypothèque mobilière consentie par Johnston et Suwald à l'époque de l'achat de l'entreprise à l'appelante. Le même jour apparemment, mais après la signature de ce contrat de garantie, les intimés ont signé l'hypothèque ou charge en question, dont le dernier paragraphe comportait le passage suivant dactylographié dans un espace en blanc sous forme de charge que les parties ont utilisée:

[TRADUCTION] La présente hypothèque est consentie à titre de garantie subsidiaire des obligations de Dennis Harris en vertu des conditions d'une convention datée de ce jour dans lequel ledit Dennis Albert Harris et le créancier hypothécaire sont (entre autres) respectivement débiteurs et créanciers. Les débiteurs hypothécaires n'encourront aucune responsabilité pécuniaire en vertu des présentes tant que les débiteurs se conformeront aux conditions de ladite convention, et aucun droit ne sera dévolu au créancier hypothécaire avant un manquement à ces engagements. Le créancier hypothécaire convient avec les débiteurs hypothécaires qu'il fera valoir tous les autres recours prévus à la convention et à l'hypothèque mobilière avant de demander l'exécution de la garantie constituée aux présentes. La quittance des obligations qui découlent de la convention et de ladite hypothèque mobilière vaudra quittance pour autant (ou quittance partielle, selon le cas) du capital dont le remboursement est garanti par les présentes. Toutes les autres clauses et conditions de la présente hypothèque doivent être lues et interprétées en conséquence.

Par conséquent, l'hypothèque était en fait une garantie subsidiaire accordée par les intimés à l'appelante pour garantir l'exécution des obligations des débiteurs, y compris par l'époux intimé, et c'est sur la foi de cette hypothèque que l'appelante a libéré Suwald de ses obligations en vertu de l'hypothèque mobilière.

Johnston was at all material times living with the daughter of the respondents. The daughter also executed the aforementioned contract of guarantee as trustee because she had been the trustee under a bill of sale executed by the appellant in favour of a company owned or controlled by Suwald and Johnston at the time the appellant sold its business to those individuals or their corporate nominee. The daughter did not personally guarantee the indebtedness to the appellant. Other than the association of their daughter with Johnston, the purchaser of the Suwald interest in the firm in question, there appears to be no reason for the participation by the respondents in the financing of Johnston's purchase of Suwald's interest in the firm.

Johnston vivait avec la fille des intimés. Celle-ci a également signé le contrat de garantie précité en qualité de fiduciaire parce qu'elle était fiduciaire en vertu de l'acte de vente consenti par l'appelante à une compagnie que Suwald et Johnston possédaient ou contrôlaient à l'époque où l'appelante a vendu son commerce à ces personnes ou à leur représentant. La fille n'a pas garanti personnellement la dette envers l'appelante. Si ce n'est le lien de leur fille avec Johnston, l'acquéreur de la part de Suwald dans l'entreprise en question, aucune raison ne paraît expliquer la participation des intimés au financement de l'achat, par Johnston, de la part de Suwald dans l'entreprise.

The mortgage in question was executed by the respondents individually at different times and places on the same date, apparently January 27, 1976. When the respondent wife signed the document her daughter was present, but the finding is that in executing the mortgage the respondent wife relied upon the representations made by Johnston, who was also present, as to the nature and content of the document, and did not do so in reliance upon anything said by the daughter. The respondent husband executed the mortgage later on the same day in the presence of Johnston upon whose representations he likewise apparently relied. The learned trial judge stated this about the execution of the mortgage by the respondents:

> When she [the respondent wife] arrived Johnston said they were to wait for Clay [an employee in the lawyer's office] who was bringing a paper for her to sign. Clay arrived, said there was an error in the document, left and returned and presented the document to the wife. At some point Johnston, perhaps in the presence of Clay, said it was "just to correct the date" in the Bank of Montreal mortgage. In any event the defendant wife signed it without reading it. Later that day Johnston and Clay attended upon her husband at home and got him to sign as well. The husband testified they told him it related to discrepancies in the date of the Bank of Montreal mortgage. He signed without question and without reading.

L'hypothèque en question a été signée le même jour par chacun des intimés à des moments et en des lieux différents, apparemment le 27 janvier 1976. Lorsque l'épouse intimée a signé le document, sa fille était présente, mais les faits révèlent que lorsqu'elle a signé l'hypothèque, l'épouse intimée l'a fait sur la foi de ce que lui a dit Johnston, qui était également présent, quant à la nature et au contenu du document, et elle ne l'a pas fait sur la foi de ce qu'a pu lui dire sa fille. L'époux intimé a signé l'hypothèque plus tard le même jour en présence de Johnston et apparement également sur la foi de ce que ce dernier lui a dit. Concernant la signature de l'hypothèque par les intimés, le savant juge de première instance a dit:

> [TRADUCTION] Lorsqu'elle [l'épouse intimée] est arrivée, Johnston a dit qu'ils devaient attendre Clay [un employé du bureau de l'avocat] qui apportait un document qu'elle devait signer. Clay est arrivé, a dit que le document comportait une erreur, il est reparti puis est revenu et a présenté le document à l'épouse. A un moment donné, peut-être en présence de Clay, Johnston a dit que c'était «seulement pour corriger la date» sur l'hypothèque de la Banque de Montréal. En tout cas, l'épouse intimée a signé le document sans le lire. Plus tard le même jour, Johnston et Clay ont rencontré l'époux chez lui et l'ont fait signer lui aussi. L'époux a témoigné qu'ils lui ont dit qu'il s'agissait d'une différence quant à la date de l'hypothèque de la Banque de Montréal. Il a signé le document sans le lire et sans poser de question.

. . . . . .

There is also no doubt that the defendants were careless in not reading the document before signing. The wife is well educated, the husband less so, but both are literate and English-speaking and both have a basic understanding of mortgages, having executed at least three others since the purchase of their home. It is the undisputed evidence however that they were told it was an unimportant amendment to the Bank of Montreal mortgage when in reality it was a second substantial mortgage to the plaintiff.

The mortgage in favour of the Bank of Montreal has been paid off and the only issue arising on this appeal concerns the mortgage which is the subject of the action, and in that connection this issue was put by the appellant:

Is the defence of *non est factum* available to a party who, knowing that a document has legal effect, carelessly fails to read the document thereby permitting a third party to perpetrate a fraud on another innocent party?

This issue turns on the decision of this Court in *Prudential Trust Co. Ltd et al. v. Cugnet*, [1956] S.C.R. 914, a four-to-one decision. The majority, applying the decision of the English Court of Appeal in *Carlisle and Cumberland Banking Co. v. Bragg*, [1911] 1 K.B. 489, found that where a document was executed as a result of a misrepresentation as to its nature and character and not merely its contents the defendant was entitled to raise the plea of *non est factum* on the basis that his mind at the time of the execution of the document did not follow his hand. In such a circumstance the document was void *ab initio*. So when the judgment of Nolan J. with whom Justices Taschereau and Fauteux, as they then were, concurred. Locke J. reached the same result, but added the following comment, at p. 929, on the effect of careless conduct on the ability of the defendant to raise the plea of *non est factum*:

It is my opinion that the result of the authorities was correctly stated in *Bragg's Case*. To say that a person may be estopped by careless conduct such as that in the present case, when the instrument is not negotiable, is to assert the existence of some duty on the part of the person owing to the public at large, or to other persons unknown to him who might suffer damage by acting upon the instrument on the footing that it is valid in the

En outre, il est évident que les défendeurs ont été négligents en ne lisant pas le document avant de le signer. L'épouse est instruite, l'époux l'est un peu moins, mais tous deux savent lire et écrire et parlent l'anglais; ils savent tous deux ce qu'est une hypothèque et en ont consenti au moins trois autres depuis qu'ils ont acheté leur maison. On ne conteste cependant pas qu'on leur a dit qu'il s'agissait d'une modification mineure à l'hypothèque de la Banque de Montréal alors qu'il s'agissait véritablement d'une deuxième hypothèque importante consentie à la demanderesse.

L'hypothèque consentie à la Banque de Montréal a été acquittée, et la seule question en litige en l'espèce concerne l'hypothèque qui fait l'objet de la présente action et, à cet égard, l'appelante a posé la question suivante:

[TRADUCTION] Une partie qui connaît la portée juridique d'un document et qui omet de façon négligente de le lire, en permettant à un tiers de commettre une fraude à l'égard d'une autre partie innocente, peut-elle invoquer la défense de *non est factum*?

La réponse à cette question dépend de l'arrêt de cette Cour, *Prudential Trust Co. Ltd. et al. c. Cugnet*, [1956] R.C.S. 914, rendu à quatre juges contre un. La Cour à la majorité a appliqué l'arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre, *Carlisle and Cumberland Banking Co. v. Bragg*, [1911] 1 K.B. 489, et a conclu que lorsqu'un document a été signé sur la foi d'une déclaration inexacte quant à sa nature et non simplement quant à son contenu, le défendeur pouvait soulever la défense de *non est factum* parce qu'au moment de la signature du document, il a signé un document autre que celui qu'il voulait signer. Dans un cas de la sorte, le document était nul *ab initio*. Tels étaient les motifs du juge Nolan auxquels ont souscrit les juges Taschereau et Fauteux, alors juges puînés. Le juge Locke est parvenu au même résultat, mais il a ajouté la remarque suivante concernant l'effet qu'a la négligence sur l'aptitude du défendeur à soulever la défense de *non est factum*, à la p. 929:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que l'arrêt *Bragg* énonce avec justesse les principes. Dire qu'une personne peut se voir opposer une fin de non-recevoir en raison de la négligence comme on le voit en l'espèce, lorsque l'effet n'est pas négociable, équivaut à affirmer l'existence d'une obligation que la personne a envers le public en général, ou encore envers d'autres personnes qu'elle ne connaît pas et qui peuvent subir un préjudice en se fiant

hands of the holder. I do not consider that the authorities support the view that there is any such general duty, the breach of which imposes a liability in negligence.

Cartwright J., as he then was, dissented. His Lordship commenced with a recitation, at p. 932, of the general priorities:

> ... generally speaking, a person who executes a document without taking the trouble to read it is liable on it and cannot plead that he mistook its contents, at all events, as against a person who acting in good faith in the ordinary course of business has changed his position in reliance on such document.

and then moved to the exception arising under the principle of *non est factum*. After making reference to *Carlisle v. Bragg, supra*, his Lordship said at p. 934:

> An anxious consideration of all the authorities referred to by counsel and in the Courts below has brought me to the conclusion that, in so far as *Carlisle v. Bragg* decides that the rule that negligence excludes a plea of *non est factum* is limited to the case of negotiable instruments and does not extend to a deed such as the one before us, we should refuse to follow it.

He concluded, therefore, that any person who fails to exercise reasonable care in signing a document is precluded from relying on the plea of *non est factum* as against a person who relies upon that document in good faith and for value.

As the basis for the judgments of Justice Nolan, concurred in by two other members of the Court, and of Justice Locke was the judgment of the Court of Appeal of England in *Carlisle v. Bragg, supra*, it should be pointed out at once that that case has been overruled by the House of Lords in *Saunders v. Anglia Building Society*, (reported in the Court of Appeal as *Gallie v. Lee*), [1971] A.C. 1004, *per* Lord Pearson at p. 1038; *per* Lord Wilberforce at p. 1027; *per* Viscount Dilhorne at p. 1023; and *per* Lord Hodson at p. 1019. Lord Reid stated at p. 1015: "I am in general agreement with the speech of my noble and learned friend, Lord Pearson."

à l'effet en tenant pour acquis que le détenteur le détient validement. Je ne crois pas que la jurisprudence reconnaît cette obligation générale dont l'inexécution entraîne une responsabilité fondée sur la négligence.

Le juge Cartwright, alors juge puîné, était dissident. Il a commencé par exposer les principes généraux, à la p. 932:

> [TRADUCTION] ... en général, une personne qui signe un document sans se donner la peine de le lire engage sa responsabilité et ne peut, en tout état de cause, invoquer qu'elle s'est trompée sur son contenu à l'encontre d'une personne qui, agissant de bonne foi dans le cours normal des affaires, a modifié sa situation sur la foi de ce document.

Il a alors examiné l'exception que prévoit le principe de *non est factum*. Après avoir mentionné l'arrêt *Carlisle v. Bragg*, précité, il a dit, à la p. 934:

> [TRADUCTION] Un examen attentif de la jurisprudence citée par les avocats et par les cours d'instance inférieure m'amène à conclure que, dans la mesure où l'arrêt *Carlisle v. Bragg* décide que la règle suivant laquelle la négligence exclut la défense de *non est factum* se limite au cas des effets négociables et ne s'étend pas à un contrat du genre de celui en l'espèce, nous devons refuser de le suivre.

Il a par conséquent conclu qu'une personne qui omet prendre des précautions raisonnables lorsqu'elle signe un document ne peut invoquer la défense de *non est factum* à l'encontre d'une personne qui se fie à ce document, de bonne foi et contre valeur.

Comme les motifs de jugement du juge Nolan, auxquels ont souscrit deux autres membres de la Cour, et du juge Locke s'appuient sur l'arrêt *Carlisle v. Bragg*, précité, de la Cour d'appel d'Angleterre, il importe de souligner que cet arrêt a été rejeté par la Chambre des lords dans l'arrêt *Saunders v. Anglia Building Society* (arrêt de la Cour d'appel sous l'intitulé *Gallie v. Lee*), [1971] A.C. 1004, lord Pearson à la p. 1038; lord Wilberforce à la p. 1027; le vicomte Dilhorne à la p. 1023; et lord Hodson à la p. 1019. Lord Reid a déclaré, à la p. 1015: [TRADUCTION] «Je souscris dans l'ensemble aux motifs de mon noble et savant collègue, lord Pearson.»

The doctrine of *non est factum* sprang into prominence with the judgment in *Foster v. Mackinnon* (1869), L.R. 4 C.P. 704. At trial in that case the jury was directed that if the defendant's signature on the document in question "was obtained upon a fraudulent representation that it was a guarantee, and the defendant signed it without knowing that it was a bill, and under the belief that it was a guarantee, and if the defendant was not guilty of any negligence in so signing the paper, the defendant was entitled to the verdict". On appeal, the Court of Common Pleas endorsed the direction of the trial judge, and held, at p. 712, that:

> ... in the case now under consideration, the defendant, according to the evidence, if believed, and the finding of the jury, never intended to indorse a bill of exchange at all, but intended to sign a contract of an entirely different nature. It was not his design, and, if he were guilty of no negligence, it was not even his fault that the instrument he signed turned out to be a bill of exchange.

In *Foster v. Mackinnon*, *supra*, a distinction is drawn between negotiable instruments and other documents. A qualification of the general rule was felt to be necessary when applied to negotiable instruments in order to protect innocent transferees for value. As a result, the Court concluded that where "the party signing knows what he is doing: the indorser intended to indorse, and the acceptor intended to accept, a bill of exchange," the party signing the document cannot deny its validity against a holder in due course whether or not he was negligent in affixing his signature. This rule was said to be a limitation on the general principle of *non est factum* established in earlier cases under which the signor, in order to deny successfully his signature, had to show that he had not been careless in executing the document. This general rule was applicable to deeds, and "equally applicable to other written contracts" (at p. 712).

Following the decision in *Foster v. Mackinnon*, *supra*, and prior to the decision of the Court of Appeal in *Carlisle v. Bragg*, *supra*, it is clear that the presence or absence of negligence on the part of the defendant was a critical factor in determining his ability to raise successfully the plea of *non*

La doctrine du *non est factum* est issue de l'arrêt *Foster v. Mackinnon* (1869), L.R. 4 C.P. 704. En première instance dans cette affaire, le jury a reçu la directive que si la signature du défendeur sur le document en question [TRADUCTION] «a été obtenue par la déclaration frauduleuse qu'il s'agissait d'une garantie et que le défendeur l'a signé sans savoir qu'il s'agissait d'une lettre de change et en croyant qu'il s'agissait d'une garantie, et si le défendeur ne s'est rendu coupable d'aucune négligence en signant ainsi le document, il avait droit au verdict». En appel, la Cour des plaids communs a endossé la directive du juge de première instance et a conclu, à la p. 712:

> [TRADUCTION] ... en l'espèce, le défendeur, selon son témoignage, si on le croit, et selon ce qu'a conclu le jury, n'a jamais eu l'intention d'endosser une lettre de change; il avait plutôt l'intention de signer un contrat d'une nature entièrement différente. Ce n'était pas son but et, s'il n'a commis aucune négligence, ce n'était même pas sa faute si le document qu'il a signé s'est avéré une lettre de change.

L'arrêt *Foster v. Mackinnon*, précité, établit une distinction entre les effets négociables et les autres documents. Il a été jugé nécessaire de restreindre l'application de la règle générale à l'égard des effets négociables afin de protéger les acquéreurs contre valeur. La Cour a conclu en conséquence que lorsque [TRADUCTION] «la partie qui signe sait ce qu'elle fait: l'endosseur a l'intention d'endosser et l'accepteur, d'accepter une lettre de change,» la personne qui signe l'effet ne peut en contester la validité à l'encontre d'un détenteur régulier, peu importe qu'elle l'ait signé ou non par négligence. On a dit que cette règle limite le principe général du *non est factum* établi dans des arrêts plus anciens en vertu desquels le signataire devait, pour contester avec succès sa signature, établir qu'il n'avait pas été négligent en signant le document. Cette règle générale s'appliquait aux actes translatifs et [TRADUCTION] «s'appliquait également aux autres contrats écrits» (à la p. 712).

Après l'arrêt *Foster v. Mackinnon*, précité, et avant l'arrêt de la Cour d'appel *Carlisle v. Bragg*, précité, il est clair que la présence ou l'absence de négligence de la part du défendeur était un facteur déterminant pour décider s'il pouvait soulever avec succès la défense de *non est factum*. Deux des

*est factum*. The rule as stated in two of the leading texbooks of the day was as follows:

> So a man may avoid a deed or other instrument, which he was induced to execute by a fraudulent misrepresentation of its contents, as was held in *Foster v. Mackinnon*. . . .
>
> And if the party who executes an instrument in such circumstances has not been guilty of negligence in so doing, he may avoid it, not only against him who made the fraudulent misrepresentation, but as against a third party who has acted innocently, on the faith of the instrument being genuine.
>
> (*Chitty on Contracts* (15th ed. 1909) 673-674)
>
> . . . Mistake as to the nature of the transaction entered into . . . must arise from some deceit which ordinary diligence could not penetrate, or some mischance which ordinary diligence could not avert . . .
>
> (*Anson, Law of Contracts* (12th ed. 1910) 151-52)

Only one exception to this rule was recognized: if the document signed was a bill of exchange and the signor intended to sign a bill of exchange, he could not successfully plead *non est factum*, even though he had not been negligent.

Almost a half a century after the decision in *Foster v. Mackinnon*, *supra*, the Court of Appeal in *Carlisle v. Bragg*, *supra*, substantially modified the law in the United Kingdom with reference to the plea of *non est factum*. In that case the Court allowed the plea to be entered by a defendant who had executed a guarantee believing it to be a document of a different character, and went on to hold that the defendant was not estopped from raising the plea even though it was the negligence of the defendant which lead to the loss in question. The jury indeed had found the defendant to be negligent in signing the document. The Court of Appeal concluded that any doctrine which limited the application of the plea where the defendant was negligent was confined to negotiable instruments.

The decision of the Court of Appeal in *Carlisle v. Bragg* may be summarized as follows:

principaux ouvrages de l'époque énoncent la règle en ces termes:

> [TRADUCTION] Ainsi une personne peut se soustraire à un contrat ou autre acte instrumentaire, qu'elle a été amenée à signer par une description frauduleuse de son contenu, comme l'a décidé l'arrêt *Foster v. Mackinnon* . . .
>
> Et si la partie qui signe un acte dans de telles circonstances ne s'est rendue coupable d'aucune négligence en le signant, elle peut s'y soustraire, non seulement à l'égard de l'auteur de la déclaration frauduleuse, mais à l'égard d'un tiers qui a agi innocemment, sur la foi de la sincérité de l'acte.
>
> (*Chitty on Contracts* (15e éd. 1909) 673 et 674)
>
> [TRADUCTION] . . . L'erreur sur la nature de l'opération conclue . . . doit découler d'une duperie que la diligence ordinaire ne peut percer, ou d'un accident que la diligence ordinaire ne peut prévenir . . .
>
> (*Anson, Law of Contracts* (12e éd. 1910) 151 et 152)

Une seule exception à cette règle a été admise: si le document signé est une lettre de change et que le signataire avait l'intention de signer une lettre de change, il ne peut invoquer avec succès la défense de *non est factum*, même s'il n'a pas été négligent.

Près d'un demi-siècle après l'arrêt *Foster v. Mackinnon*, précité, la Cour d'appel a modifié en substance dans l'arrêt *Carlisle v. Bragg*, précité, le droit du Royaume-Uni relatif à la défense de *non est factum*. Dans cette affaire, la Cour a permis que cette défense soit soulevée par un défendeur qui avait signé une garantie en croyant qu'il s'agissait d'un document d'une nature différente, et elle a décidé ensuite que le défendeur pouvait soulever ce moyen de défense avec succès même si la perte en question découlait de sa propre négligence. Le jury avait en effet conclu que le défendeur s'était montré négligent en signant le document. La Cour d'appel a conclu que la doctrine qui limitait l'application du moyen de défense lorsque le défendeur était négligent était cantonnée aux effets négociables.

L'arrêt *Carlisle v. Bragg* de la Cour d'appel peut se résumer comme suit:

(1) *Foster v. Mackinnon* applies only to bills of exchange.

(2) Negligence on the part of the signor is therefore relevant only to bills of exchange.

(3) Negligence is used in the tortious sense, and therefore, only when a duty of care exists in the signor and his act is the proximate cause of the loss by the third party, can it be a bar to a successful plea of *non est factum*.

(4) In all other cases negligence is irrelevant, and *non est factum* may be pleaded where the document signed is of a different nature from that which the signor intended to execute. *Vide Chitty on Contracts* (18th ed. 1930) at p. 803, and *Anson, Law of Contracts* (14th ed. 1917) at p. 164.

*Carlisle v. Bragg* has attracted unfavourable comment in legal writings and the following is an example of the criticisms of the judgment written shortly after its issuance:

> A man who signs a document which he has not taken the trouble to read, who makes therein a promise on which other persons may act to their detriment, and who is found by a jury to have acted without reasonable care, is not liable for the consequences of his act to the party who has suffered by reliance on his promise, unless the document, the nature and contents of which he has neglected to ascertain, should chance to be a negotiable instrument; or unless the promisee, whose identity he has also neglected to ascertain, should chance to be a person to whom he owes a duty to take care. Such is the decision of the Court of Appeal in *Carlisle and Cumberland Banking Co. v. Bragg* [1911] 1 K.B. 489, 80 L.J.K.B. 472.
>
> Shortly stated, the Court was asked to say which of two innocent parties should suffer for the fraud of a third, and the Lords Justices decided in favour of the man whose admitted negligence was the cause of the trouble.
>
> [Anson, *Carlisle and Cumberland Banking Co. v. Bragg*, (1912) 28 L.Q. Rev. 190, 190.]

Although the decision in *Carlisle v. Bragg* was the subject of much criticism, it was adopted by the majority of this Court in *Prudential Trust Co.*

1) L'arrêt *Foster v. Mackinnon* s'applique uniquement aux lettres de change.

2) La négligence de la part du signataire n'est en conséquence pertinente qu'à l'égard des lettres de change.

3) La négligence s'emploie au sens délictuel et, par conséquent, elle peut empêcher de recourir avec succès à la défense de *non est factum* uniquement lorsque le signataire a une obligation de diligence et que son acte est la cause immédiate de la perte subie par le tiers.

4) Dans tous les autres cas, la négligence n'est pas pertinente, et la défense de *non est factum* peut être invoquée lorsque le document signé est d'une nature différente de celui que le signataire entendait signer. Voir *Chitty on Contracts*, 18e éd. 1930, à la p. 803, et *Anson, Law of Contracts*, 14e éd. 1917, à la p. 164.

L'arrêt *Carlisle v. Bragg* s'est attiré les commentaires défavorables de la doctrine, et le passage qui suit, rédigé peu après cet arrêt, est un exemple de ces critiques:

> [TRADUCTION] Un homme qui signe un document qu'il ne s'est pas donné la peine de lire, qui y fait une promesse sur laquelle d'autres personnes peuvent se fonder pour agir à leur détriment, et qui est reconnu par un jury avoir agi sans diligence raisonnable, n'est pas responsable des conséquences de son acte envers la partie qui subit un préjudice sur la foi de sa promesse, à moins que le document, dont il a négligé de vérifier la nature et le contenu, soit par hasard un effet négociable; ou à moins que la personne à laquelle est faite la promesse, dont il a également négligé de vérifier l'identité, soit par hasard une personne envers laquelle il a une obligation de diligence. Telle est la décision de la Cour d'appel dans l'arrêt *Carlisle and Cumberland Banking Co. v. Bragg* [1911] 1 K.B. 489, 80 L.J.K.B. 472.
>
> En résumé, on a demandé à la Cour de dire laquelle de deux parties innocentes doit subir les conséquences de la fraude d'une troisième personne, et les lords juges ont décidé en faveur de l'homme dont la négligence reconnue est la cause du problème.
>
> [Anson, *Carlisle and Cumberland Banking Co. v. Bragg*, (1912) 28 L.Q.Rev. 190, à la p. 190.]

Bien que l'arrêt *Carlisle v. Bragg* ait fait l'objet de nombreuses critiques, il a été adopté par cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Prudential Trust*

*Ltd. et al. v. Cugnet*, *supra*. As previously mentioned, Cartwright J. in his dissenting judgment recognized the flaws in the Court of Appeal's decision and refused to follow it, adopting instead the rule recognized prior to *Carlisle v. Bragg* that a person who was negligent in executing a written instrument, whether or not it was a bill of exchange, was estopped, as against an innocent transferee, from denying the validity of the document. He also recognized that "negligence" in the sense that the term was used in relation to the plea of *non est factum*, connoted carelessness, rather than the attributes of the term in the law of tort. This aspect of the matter was dealt with, at p. 935, in this way:

It may be said that the term negligence is inappropriate because it presupposes a duty owed by Cugnet Senior to Canuck, but in the passages quoted the term is, I think, used as meaning that lack of reasonable care in statement which gives rise to an estoppel. As it was put by Sir William Anson [(1912), 28 L.Q.R. 190 at 194] in an article on *Carlisle v. Bragg*:—

> And further, there seems some confusion between the negligence which creates a liability in tort, and the lack of reasonable care in statement which gives rise to an estoppel. Bragg might well have been precluded by carelessness from resisting the effect of his written words, though the Bank might not have been able to sue him for negligence.

The law in Canada prior to the decision of the House of Lords in *Saunders* has been summarized by Professor Fridman as follows:

The Canadian situation, prior to the *Saunders* case, would appear to have been that there was considerable sympathy for the position of some illiterate, ill-educated, or otherwise disadvantaged parties, who signed a document, perhaps not fully realizing what was involved. But for *non est factum* to be pleaded successfully, the party raising the plea would have to show some kind of misconception, not necessarily fraudulently induced, as to the intended legal effect of the document. Negligence does not seem to have played a very large part in the thinking of Canadian judges in this context: although they were concerned with the sort of *intent* shown by the signer of the document. [Fridman, *The Law of Contract in Canada* (1976) 109.]

*Co. Ltd. et autre c. Cugnet*, précité. Comme je l'ai déjà dit, le juge Cartwright, dans les motifs de sa dissidence, a reconnu les faiblesses de l'arrêt de la Cour d'appel et a refusé de le suivre; il a plutôt adopté la règle reconnue antérieurement à l'arrêt *Carlisle v. Bragg*, à savoir qu'une personne qui a signé de façon négligente un acte instrumentaire, qu'il s'agisse ou non d'une lettre de change, ne pouvait en contester la validité à l'encontre d'un cessionnaire innocent. Il a également reconnu que la «négligence», au sens donné à ce terme relativement à la défense de *non est factum*, avait une connotation d'insouciance, et non le sens que lui attribue le droit délictuel. Il a traité cet aspect de la question de la façon suivante, à la p. 935:

[TRADUCTION] On peut dire que le terme négligence ne convient pas parce qu'il présuppose une obligation de la part de Cugnet Senior envers Canuck, mais dans les passages cités, ce terme est, je pense, employé comme signifiant cette absence de diligence raisonnable dans une déclaration, qui entraîne une fin de non-recevoir. Comme l'a dit sir William Anson [(1912) 28 L.Q.Rev. 190, à la p. 194] dans un article concernant l'arrêt *Carlisle v. Bragg*:—

> Et en outre, il semble y avoir confusion entre la négligence qui entraîne une responsabilité délictuelle, et l'absence de diligence raisonnable dans une déclaration, qui entraîne une fin de non-recevoir. Bragg aurait fort bien pu être empêché, en raison de son insouciance, de se soustraire aux conséquences des mots qu'il avait écrits même si la banque aurait pu ne pas être à même de le poursuivre pour négligence.

Le professeur Fridman a résumé comme suit le droit canadien antérieur à la décision de la Chambre des lords dans l'arrêt *Saunders*:

[TRADUCTION] La situation au Canada, avant l'arrêt *Saunders*, paraît avoir été qu'on manifestait beaucoup de sympathie pour les parties qui ne savent pas lire, qui n'ont pas d'instruction ou qui sont autrement désavantagées et qui ont signé un document sans peut-être se rendre entièrement compte de ce que cela comportait. Mais pour invoquer avec succès la défense de *non est factum*, la partie qui la soulevait devait établir quelque forme de méprise, qui n'était pas nécessairement provoquée frauduleusement, quant à l'effet juridique qu'elle attribuait au document. Il ne semble pas que la négligence ait joué un très grand rôle dans l'esprit des juges canadiens dans ce contexte: ils s'attachaient plutôt à la nature de l'*intention* dont faisait preuve le signataire du document. [Fridman, *The Law of Contract in Canada* (1976) à la p. 109.]

It was not until *Saunders v. Anglia Building Society*, *supra*, that the law was put back to the position which it was in after *Foster v. Mackinnon*. It is interesting to note that in doing so all the judges dealt with the meaning of the word negligence as employed by the Court in *Foster v. Mackinnon* as meaning "carelessness" in the same way that Cartwright J. did in *Prudential*, *supra*. Thus the rule with reference to *non est factum* in the United Kingdom requires that the defendant be not guilty of carelessness in order to be entitled to raise the defence of *non est factum*.

It is not necessary for us to concern ourselves with the second leg of *Saunders v. Anglia*, *supra*, namely, those circumstances in which a defendant who has not been guilty of negligence may raise the defence of *non est factum*. Here the respondents, by concurrent findings below, were found to be negligent or careless. I do note in passing, however, that it was the consensus of the several members of the House of Lords participating in the *Saunders* case, *supra*, that for the principle to operate, the document must be fundamentally different, either as to content, character or otherwise from the document that the signor intended to execute. Prior to this decision the plea of *non est factum* was available only if the mistake was as to the very nature or character of the transaction. It was not sufficient that there be a mistake as to the contents of the document: *Howatson v. Webb*, [1907] 1 Ch. 537, affirmed [1908] 1 Ch. 1; *Muskham Finance Ltd. v. Howard*, [1963] 1 Q.B. 904. This distinction was rejected by the House of Lords in favour of a more flexible test. In the words of Lord Pearson (at p. 1039): "In my opinion, one has to use a more general phrase, such as 'fundamentally different" or 'radically different' or 'totally different'." Lord Wilberforce at pp. 1026-27 concluded that the principle would come into play on "rare occasions".

The decision of the House of Lords in *Saunders* has been considered by a number of Canadian courts. In *Commercial Credit Corporation Ltd. v. Carroll Bros. Ltd.* (1971), 20 D.L.R. (3d) 504 (Man. C.A.), the question of whether the prin-

Ce n'est qu'avec l'arrêt *Saunders v. Anglia Building Society*, précité, que le droit est revenu à l'état dans lequel il était après l'arrêt *Foster v. Mackinnon*. On remarque avec intérêt que dans cet arrêt tous les juges ont examiné le sens du terme négligence que la Cour avait employé dans l'arrêt *Foster v. Mackinnon* et lui ont donné le sens d'«insouciance» comme l'a fait le juge Cartwright dans l'arrêt *Prudential*, précité. Ainsi, au Royaume-Uni, la règle exige que, pour avoir droit de soulever la défense de *non est factum*, le défendeur ne soit pas coupable d'insouciance.

Il ne nous est pas nécessaire d'examiner la deuxième partie de l'arrêt *Saunders v. Anglia*, précité, savoir les circonstances dans lesquelles un défendeur qui n'a commis aucune négligence peut soulever la défense de *non est factum*. En l'espèce, les cours d'instance inférieure ont toutes conclu que les intimés ont été négligents ou insouciants. Cependant, je fais remarquer en passant que tous les membres de la Chambre des lords qui ont entendu l'affaire *Saunders*, précitée, étaient d'accord pour dire que, pour que le principe s'applique, le document doit être fondamentalement différent, quant à son contenu, à sa nature ou d'une autre façon, du document que le signataire a voulu signer. Avant cette décision, la défense de *non est factum* ne pouvait être soulevée que si l'erreur portait sur la nature même ou sur le caractère de l'opération. Il n'était pas suffisant qu'il y ait erreur quant au contenu du document: *Howatson v. Webb*, [1907] 1 Ch. 537, confirmé par [1908] 1 Ch. 1; *Muskham Finance Ltd. v. Howard*, [1963] 1 Q.B. 904. La Chambre des lords a rejeté cette distinction en faveur d'un critère plus souple. Lord Pearson a dit (à la p. 1039): [TRADUCTION] «A mon avis, il faut employer une expression plus générale, comme «fondamentalement différent» ou «absolument différent» ou «entièrement différent».» Lord Wilberforce, aux pp. 1026 et 1027, a conclu que le principe s'appliquerait en [TRADUCTION] «de rares occasions».

Plusieurs cours canadiennes ont examiné l'arrêt *Saunders* de la Chambre des lords. Dans l'arrêt *Commercial Credit Corporation Ltd. v. Carroll Bros. Ltd.* (1971), 20 D.L.R. (3d) 504 (C.A. Man.), la question de savoir si les principes établis

ciples laid down in *Saunders* are good law in Canada was left open by the Court. In a number of more recent decisions, however, the reasoning of the House of Lords has been directly applied: *Custom Motors Ltd. v. Dwinell* (1975), 61 D.L.R. (3d) 342, 12 N.S.R. (2d) 524 (N.S.C.A.); *Bank of Nova Scotia v. Battiste* (1979), 22 Nfld. & P.E.I.R. 192 (Newfoundland Trial Division); *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Kanadian Kiddee Photo Ltd. and Romano*, [1979] 3 W.W.R. 256 (B.C.S.C.).

dans l'arrêt *Saunders* font partie du droit positif canadien a été laissée sans réponse. Dans plusieurs décisions plus récentes cependant, les motifs de la Chambre des lords ont été directement appliqués: *Custom Motors Ltd. v. Dwinell* (1975), 61 D.L.R. (3d) 342, 12 N.S.R. (2d) 524 (C.A.N.-É.); *Bank of Nova Scotia v. Battiste* (1979), 22 Nfld. & P.E.I.R. 192 (Division de première instance de Terre-Neuve); *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Kanadian Kiddee Photo Ltd. and Romano*, [1979] 3 W.W.R. 256 (C.S.C.-B.).

In my view, with all due respect to those who have expressed views to the contrary, the dissenting view of Cartwright J. (as he then was) in *Prudential, supra*, correctly enunciated the principles of the law of *non est factum*. In the result the defendants-respondents are barred by reason of their carelessness from pleading that their minds did not follow their hands when executing the mortgage so as to be able to plead that the mortgage is not binding upon them. The rationale of the rule is simple and clear. As between an innocent party (the appellant) and the respondents, the law must take into account the fact that the appellant was completely innocent of any negligence, carelessness or wrongdoing, whereas the respondents by their careless conduct have made it possible for the wrongdoers to inflict a loss. As between the appellant and the respondents, simple justice requires that the party, who by the application of reasonable care was in a position to avoid a loss to any of the parties, should bear any loss that results when the only alternative available to the courts would be to place the loss upon the innocent appellant. In the final analysis, therefore, the question raised cannot be put more aptly than in the words of Cartwright J. in *Prudential, supra*, at p. 929: ". . . which of two innocent parties is to suffer for the fraud of a third". The two parties are innocent in the sense that they were not guilty of wrongdoing as against any other person, but as between the two innocent parties there remains a distinction significant in the law, namely that the respondents, by their carelessness, have exposed the innocent appellant to risk of loss, and even though no duty in law was owed by the respondents to the appellant to safeguard the appellant

A mon avis, avec tous égards pour ceux qui ont exprimé des opinions contraires, l'opinion dissidente du juge Cartwright (alors juge puîné) dans l'arrêt *Prudential*, précité, a énoncé avec justesse les principes du *non est factum*. En conséquence, les défendeurs intimés ne peuvent, en raison de leur insouciance, faire valoir qu'ils ont signé un document autre que celui qu'ils voulaient signer lorsqu'ils ont signé l'hypothèque, de façon à pouvoir plaider qu'ils ne sont pas liés par l'hypothèque. La raison d'être de la règle est simple et évidente. Entre une partie innocente (l'appelante) et les intimés, le droit doit tenir compte du fait que l'appelante était absolument innocente de toute négligence, insouciance et n'avait commis aucun tort, alors que les intimés, par leur conduite insouciante, ont permis aux auteurs du tort d'infliger une perte. Entre l'appelante et les intimés, la simple justice exige que la partie qui pouvait, en exerçant une diligence raisonnable, éviter une perte à l'une ou l'autre des parties assume toute perte qui en résulte lorsque la seule autre solution pour la Cour serait de faire supporter la perte par l'appelante innocente. En dernière analyse, la question ne peut être posée avec plus de justesse que ne l'a fait le juge Cartwright dans l'arrêt *Prudential*, précité, à la p. 929: [TRADUCTION] «. . . laquelle de deux parties innocentes doit souffrir de la fraude d'une troisième»? Les deux parties sont innocentes en ce sens qu'elles ne sont coupables d'aucun tort envers une autre personne, mais entre les deux parties innocentes, il reste une distinction importante en droit, savoir que les intimés, par leur insouciance, ont exposé l'appelante innocente au risque d'une perte, et même si les intimés n'ont envers l'appelante aucune obligation

from such loss, nonetheless the law must take this discarded opportunity into account.

In my view, this is so for the compelling reason that in this case, and no doubt generally in similar cases, the respondent's carelessness is but another description of a state of mind into which the respondents have fallen because of their determination to assist themselves and/or a third party for whom the transaction has been entered into in the first place. Here the respondents apparently sought to attain some advantage indirectly for their daughter by assisting Johnston in his commercial venture. In the *Saunders* case, *supra*, the aunt set out to apply her property for the benefit of her nephew. In both cases the carelessness took the form of a failure to determine the nature of the document the respective defendants were executing. Whether the carelessness stemmed from an enthusiasm for their immediate purpose or from a confidence in the intended beneficiary to save them harmless matters not. This may explain the origin of the careless state of mind but is not a factor limiting the operation of the principle of *non est factum* and its application. The defendants, in executing the security without the simple precaution of ascertaining its nature in fact and in law, have nonetheless taken an intended and deliberate step in signing the document and have caused it to be legally binding upon themselves. In the words of *Foster v. Mackinnon* this negligence, even though it may have sprung from good intentions, precludes the defendants in this circumstance from disowning the document, that is to say, from pleading that their minds did not follow their respective hands when signing the document and hence that no document in law was executed by them.

This principle of law is based not only upon the principle of placing the loss on the person guilty of carelessness, but also upon a recognition of the need for certainty and security in commerce. This has been recognized since the earliest days of the plea of *non est factum*. In *Waberley v. Cockerel* (1542), 1 Dy. 51. a., for example, it was said that:

> ... although the truth be, that the plaintiff is paid his money, still it is better to suffer a mischief to one man

en droit de la protéger de cette perte, la loi doit néanmoins tenir compte de cette occasion manquée de le faire.

A mon avis, il en est nécessairement ainsi parce qu'en l'espèce, et certainement de façon générale dans des cas semblables, l'insouciance des intimés n'est qu'une autre description de l'état d'esprit des intimés en raison de leur intention arrêtée de s'aider eux-mêmes ou d'aider une troisième personne pour laquelle l'opération a été conclue en premier lieu. En l'espèce, il appert que les intimés ont cherché à procurer indirectement un avantage à leur fille en aidant Johnston dans son entreprise commerciale. Dans l'affaire *Saunders*, précitée, la tante avait hypothéqué son immeuble au profit de son neveu. Dans les deux cas, l'insouciance a pris la forme d'une omission de vérifier la nature du document que les défendeurs respectifs ont signé. Il n'est pas important de savoir si leur insouciance provenait d'un enthousiasme pour leur dessein immédiat ou de la confiance que le bénéficiaire visé ne leur nuirait pas. Cela peut expliquer l'origine de l'imprudence, mais ce n'est pas un facteur qui limite la portée du principe du *non est factum* et son application. En signant la garantie sans prendre la simple précaution d'en vérifier la nature en fait et en droit, les défendeurs ont néanmoins accompli un geste délibéré en signant le document et ont fait en sorte d'être liés par ce document. Selon les termes de l'arrêt *Foster v. Mackinnon*, cette négligence, même si elle peut provenir de bonnes intentions, empêche les défendeurs dans les circonstances de désavouer le document, c'est-à-dire de plaider qu'ils ont signé un document autre que celui-ci qu'ils voulaient signer et, partant, qu'ils ne l'ont pas signé en droit.

Ce principe de droit ne se fonde pas uniquement sur le principe que la personne coupable d'insouciance doit assumer la perte, mais également sur la reconnaissance du besoin de certitude et de sécurité dans le commerce. Il en est ainsi depuis les premiers temps de la défense de *non est factum*. L'arrêt *Waberley v. Cockerel* (1542), 1 Dy. 51. a., par exemple, dit:

> [TRADUCTION] ... bien qu'il soit vrai que le demandeur reçoit son argent, il est préférable de faire subir un

than an inconvenience to many, which would subvert a law: for if matter in writing may be so easily defeated, and avoided by such surmise and naked breath, a matter in writing would be of no greater authority than a matter of fact . . . .

More recently in *Muskham Finance Ltd. v. Howard*, *supra*, at p. 912, Donovan L.J. stated:

Much confusion and uncertainty would result in the field of contract and elsewhere if a man were permitted to try to disown his signature simply by asserting that he did not understand that which he had signed.

The appellant, as it was entitled to do, accepted the mortgage as valid, and adjusted its affairs accordingly. For example, the appellant released Suwald from the chattel mortgage held by the appellant.

I wish only to add that the application of the principle that carelessness will disentitle a party to the document of the right to disown the document in law must depend upon the circumstances of each case. This has been said throughout the judgments written on the principle of *non est factum* from the earliest times. The magnitude and extent of the carelessness, the circumstances which may have contributed to such carelessness, and all other circumstances must be taken into account in each case before a court may determine whether estoppel shall arise in the defendant so as to prevent the raising of this defence. The policy considerations inherent in the plea of *non est factum* were well stated by Lord Wilberforce in his judgment in *Saunders, supra*, at pp. 1023-24:

The law . . . has two conflicting objectives: relief to a signer whose consent is genuinely lacking . . . ; protection to innocent third parties who have acted upon an apparently regular and properly executed document. Because each of these factors may involve questions of degree or shading any rule of law must represent a compromise and must allow to the court some flexibility in application.

The result in this case has depended upon the intervention by this Court in the development and the principle of *non est factum* and its invocation in a way inconsistent with that applied many years

dommage à une seule personne que de causer un embarras à plusieurs, ce qui serait contraire au droit; parce que si un écrit peut être si facilement contredit et écarté par de vulgaires conjectures, un écrit n'aurait pas plus de poids qu'un simple fait.

Plus récemment, dans l'arrêt *Muskham Finance Ltd. v. Howard*, précité, à la p. 912, le lord juge Donovan a déclaré:

[TRADUCTION] Si on permettait à une persone de dénier sa signature simplement en disant qu'elle n'a pas compris ce qu'elle a signé, il en résulterait beaucoup de confusion et d'incertitude dans le domaine des contrats et dans d'autres domaines.

L'appelante, comme elle en avait le droit, a tenu l'hypothèque pour valide et a arrêté ses affaires en conséquence. Par exemple, l'appelante a libéré Suwald de l'hypothèque mobilière qu'il lui avait consentie.

Je tiens seulement à ajouter que l'application du principe suivant lequel l'insouciance enlève à une partie à un document le droit de désavouer celui-ci doit dépendre des circonstances de chaque espèce. C'est ce qu'ont affirmé depuis toujours les jugements qui ont porté sur le principe du *non est factum*. Il faut dans chaque cas tenir compte de l'importance et du degré de l'insouciance, des circonstances qui peuvent avoir contribué à cette insouciance et de toutes les autres circonstances avant qu'une cour puisse décider s'il y a lieu de déclarer le défendeur irrecevable dans sa défense. Les principes généraux inhérents à la défense de *non est factum* ont été bien posés par lord Wilberforce dans le jugement qu'il a rendu dans l'arrêt *Saunders*, précité, aux pp. 1023 et 1024:

[TRADUCTION] La loi . . . vise deux objectifs opposés: un redressement pour le signataire dont le consentement est véritablement absent . . . ; la protection des tiers innocents qui ont agi sur la foi d'un document apparemment régulier et valablement signé. Parce que chacun de ces facteurs peut comporter des questions d'appréciation ou de nuance, toute règle de droit doit représenter un compromis et doit permettre à la cour de l'appliquer d'une façon flexible.

Pour la solution du présent litige, cette Cour a dû intervenir dans le développement du principe du *non est factum* qu'elle a invoqué d'une façon incompatible avec l'application qu'elle en avait

ago in the *Prudential* case, *supra*. The respondents have pleaded their case in the courts below and in this Court consistent with the result in the *Prudential* judgment. In these circumstances consideration can and should be given to the application of the general principle that costs follow the event. The appellant, of course, was required to persevere to the level of this Court in order to bring about a review of the reasoning which led to the determination in the *Prudential* case. The respondents, on the other hand, acted reasonably in founding their position upon that decision notwithstanding the revision of the law of England consequent upon the judgments in *Saunders*, *supra*. In all these circumstances, therefore, I would award to the appellant costs only before the Court of First Instance with no costs being awarded either party in the Court of Appeal or in this Court.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Weir & Foulds, Toronto.*

*Solicitors for the respondents: Lawlor & Leclaire, Richmond Hill.*

faite il y a plusieurs années dans l'arrêt *Prudential*, précité. Les intimés ont plaidé devant les cours d'instance inférieure et devant cette Cour en s'appuyant sur l'arrêt *Prudential*. Dans les circonstances, il y a lieu de s'interroger sur l'application du principe général que les dépens suivent le sort de l'action. Certes, l'appelante a dû persévérer jusqu'à cette Cour pour provoquer une révision des motifs qui ont mené à la décision dans l'arrêt *Prudential*. D'autre part, les intimés ont agi de façon raisonnable en s'appuyant sur cette décision en dépit de la révision du droit anglais consécutive à l'arrêt *Saunders*, précité. Dans les circonstances, par conséquent, je suis d'avis d'accorder à l'appelante ses dépens en première instance seulement et de ne pas adjuger de dépens en Cour d'appel ni en cette Cour.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelante: Weir & Foulds, Toronto.*

*Procureurs des intimés: Lawlor & Leclaire, Richmond Hill.*

**The Association canadienne-française de l'Ontario** *Applicant*;

and

**The Attorney General of Quebec**

and

**The Attorney General of Canada** *Respondents.*

File No.: 16910.

1982: January 26; 1982: February 9.

Present: Beetz, Chouinard and Lamer JJ.

APPLICATION FOR LEAVE TO APPEAL

*Appeal — Application to intervene rejected by the Court of Appeal — Decision not subject to appeal — Application for leave to appeal to the Supreme Court rejected — An Act respecting a reference to the Court of Appeal, 1981 (Que.), c. 17, s. 1 — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 37.*

APPLICATION for leave to appeal from a decision of the Court of Appeal of Quebec dismissing the applicant's application to intervene relating to a reference ordered by the Government of Quebec. Application dismissed.

*Emile Colas, Q.C.*, for the applicant.

*Lucien Bouchard*, for the respondent the Attorney General of Quebec.

*Michel Robert* and *Raynold Langlois*, for the respondent the Attorney General of Canada.

English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.—The applicant seeks leave to appeal from a decision of the Quebec Court of Appeal dated January 5, 1982, which dismissed its application to intervene in a reference ordered by an Order in Council of the Government of Quebec, dated December 9, 1981 and numbered 3367-81.

HAVING REGARD TO s. 1 of *An Act respecting a reference to the Court of Appeal*, 1981 (Que.), c. 17;

**L'Association canadienne-française de l'Ontario** *Requérante*;

et

**Le procureur général du Québec**

et

**Le procureur général du Canada** *Intimés.*

N° du greffe: 16910.

1982: 26 janvier; 1982: 9 février.

Présents: Les juges Beetz, Chouinard et Lamer.

REQUÊTE EN AUTORISATION DE POURVOI

*Appel — Requête en intervention rejetée en Cour d'appel — Décision non susceptible d'appel — Requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée — Loi sur un renvoi à la Cour d'appel, 1981 (Qué.), chap. 17, art. 1 — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 37.*

REQUÊTE en autorisation de pourvoi contre une décision de la Cour d'appel du Québec rejetant la requête en intervention de la requérante relativement à un renvoi ordonné par le gouvernement du Québec. Requête rejetée.

*Emile Colas, c.r.*, pour la requérante.

*Lucien Bouchard*, pour l'intimé le procureur général du Québec.

*Michel Robert* et *Raynold Langlois*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—La requérante demande l'autorisation de se pourvoir contre une décision de la Cour d'appel de la province de Québec en date du 5 janvier 1982 qui rejette sa requête en intervention dans un renvoi ordonné par un décret du gouvernement du Québec, en date du 9 décembre 1981 et portant le numéro 3367-81.

VU l'article 1 de la *Loi sur un renvoi à la Cour d'appel*, 1981 (Qué.), chap. 17;

HAVING REGARD TO s. 37 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19;

We are all of the view that the decision of the Court of Appeal is not subject to appeal.

The application for leave to appeal is dismissed with costs.

*Application dismissed with costs.*

*Solicitors for the applicant: De Grandpré, Colas, Deschênes, Godin, Paquette, Lasnier & Alary, Montreal.*

*Solicitors for the respondent the Attorney General of Quebec: Jean-K. Samson, Lucien Bouchard and Paul-Arthur Gendreau, Montreal.*

*Solicitors for the respondent the Attorney General of Canada: Michel Robert and Raynold Langlois, Montreal.*

Ed. Note: Leave to intervene in the Supreme Court granted by Dickson, Beetz and Lamer JJ. on April 4, 1982.

VU l'article 37 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19;

Nous sommes tous d'avis que la décision de la Cour d'appel n'est pas susceptible d'appel.

La requête en autorisation de pourvoi est rejetée avec dépens.

*Requête rejetée avec dépens.*

*Procureurs de la requérante: De Grandpré, Colas, Deschênes, Godin, Paquette, Lasnier & Alary, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé le procureur général du Québec: Jean-K. Samson, Lucien Bouchard et Paul-Arthur Gendreau, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé le procureur général du Canada: Michel Robert et Raynold Langlois, Montréal.*

N.D.E.: Autorisation d'intervenir en Cour suprême accordée par les juges Dickson, Beetz et Lamer le 4 avril 1982.

**IN THE MATTER of a Reference to the Court of Appeal relating to the Constitution of Canada pursuant to an Order in Council dated december 9, 1981, bearing number 3367-81**

**The Attorney General of Quebec**

*v.*

**The Attorney General of Canada**

and

**The Grand Council of the Crees (of Quebec)**
*Applicant.*

File No.: 16904.

1982: January 26; 1982: February 9.

Present: Beetz, Chouinard and Lamer JJ.

APPLICATION FOR LEAVE TO APPEAL

*Appeal — Application to intervene rejected by the Court of Appeal — Decision not subject to appeal — Application for leave to appeal to the Supreme Court rejected — An Act respecting a reference to the Court of Appeal, 1981 (Que.), c. 17, s. 1 — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 37.*

APPLICATION for leave to appeal from a decision of the Court of Appeal of Quebec dismissing applicant's application to intervene relating to a reference ordered by the Government of Quebec. Application dismissed.

*James O'Reilly*, for the applicant.

*Lucien Bouchard*, for the Attorney General of Quebec.

*Michel Robert* and *Raynold Langlois*, for the Attorney General of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

BEETZ J.—The applicant seeks leave to appeal from a decision of the Quebec Court of Appeal dated January 5, 1982, which dismissed its application to intervene in a reference ordered by an Order in Council of the Government of Quebec, dated December 9, 1981 and numbered 3367-81.

**DANS L'AFFAIRE d'un Renvoi relatif à la Constitution du Canada adressé à la Cour d'appel en vertu d'un décret en date du 9 décembre 1981 et portant le numéro 3367-81**

**Le procureur général du Québec**

*c.*

**Le procureur général du Canada**

et

**The Grand Council of the Crees (du Québec)**
*Requérant.*

N° du greffe: 16904.

1982: 26 janvier; 1982: 9 février.

Présents: Les juges Beetz, Chouinard et Lamer.

REQUÊTE EN AUTORISATION DE POURVOI

*Appel — Requête en intervention rejetée en Cour d'appel — Décision non susceptible d'appel — Requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée — Loi sur un renvoi à la Cour d'appel, 1981 (Qué.), chap. 17, art. 1 — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 37.*

REQUÊTE en autorisation de pourvoi contre une décision de la Cour d'appel du Québec rejetant la requête en intervention du requérant relativement à un renvoi ordonné par le gouvernement du Québec. Requête rejetée.

*James O'Reilly*, pour le requérant.

*Lucien Bouchard*, pour le procureur général du Québec.

*Michel Robert* et *Raynold Langlois*, pour le procureur général du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BEETZ—Le requérant demande l'autorisation de se pourvoir contre une décision de la Cour d'appel de la province de Québec en date du 5 janvier 1982 qui rejette sa requête en intervention dans un renvoi ordonné par un décret du Gouvernement du Québec, en date du 9 décembre 1981 et portant le numéro 3367-81.

HAVING REGARD TO s. 1 of *An Act respecting a reference to the Court of Appeal*, 1981 (Que.), c. 17;

HAVING REGARD TO s. 37 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19;

We are all of the view that the decision of the Court of Appeal is not subject to appeal.

The application for leave to appeal is dismissed with costs.

*Application dismissed with costs.*

*Solicitors for the applicant: O'Reilly & Grodinsky, Montreal.*

*Solicitors for the Attorney General of Quebec: Jean-K. Samson, Lucien Bouchard and Paul-Arthur Gendreau, Montreal.*

*Solicitors for the Attorney General of Canada: Raynold Langlois and Michel Robert, Montreal.*

Ed. Note: Leave to intervene in the Supreme Court granted by Dickson, Beetz and Lamer JJ. on April 4, 1982.

VU l'article 1 de la *Loi sur un renvoi à la Cour d'appel*, 1981 (Qué.), chap. 17;

VU l'article 37 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19;

Nous sommes tous d'avis que la décision de la Cour d'appel n'est pas susceptible d'appel.

La requête en autorisation de pourvoi est rejetée avec dépens.

*Requête rejetée avec dépens.*

*Procureurs du requérant: O'Reilly & Grodinsky, Montréal.*

*Procureurs du procureur général du Québec: Jean-K. Samson, Lucien Bouchard et Paul-Arthur Gendreau, Montréal.*

*Procureurs du procureur général du Canada: Raynold Langlois et Michel Robert, Montréal.*

N.D.E.: Autorisation d'intervenir en Cour suprême accordée par les juges Dickson, Beetz et Lamer le 4 avril 1982.

**IN THE MATTER of a Reference to the Court of Appeal of Quebec concerning the Constitution of Canada**

**The Attorney General of Quebec** *Appellant*;

and

**The Attorney General of Canada** *Respondent*;

and

**The Association canadienne-française de l'Ontario**

and

**The Grand Council of the Crees (of Quebec)** *Interveners.*

File No.: 17029.

1982: June 14, 15; 1982: December 6.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Constitutional law — Amendment of Constitution — Proposed amendment of Constitution affecting provincial powers — Quebec only dissenting province — Whether conventional rule of unanimity exists — Whether Quebec has a conventional power of veto.*

This Reference results from the objection by Quebec to a Resolution regarding a proposed patriation and amendment of the Constitution of Canada, adopted by the Parliament of Canada in December 1981. This Resolution, which contained an address to Her Majesty the Queen in right of the United Kingdom, reflected in substance the constitutional agreement concluded on November 5, 1981, between Canada and the nine other provinces. By a decree, the Government of Quebec referred to the Quebec Court of Appeal the following question:

Is the consent of the Province of Quebec constitutionally required, by convention, for the adoption by the Senate and the House of Commons of Canada of a resolution the purpose of which is to cause the Canadian Constitution to be amended in such a manner as to affect:

(i) the legislative competence of the Legislature of the Province of Quebec in virtue of the Canadian Constitution;

**DANS L'AFFAIRE d'un Renvoi à la Cour d'appel du Québec concernant la Constitution du Canada**

**Le procureur général du Québec** *Appelant*;

et

**Le procureur général du Canada** *Intimé*;

et

**L'Association canadienne-française de l'Ontario**

et

**The Grand Council of the Crees (du Québec)** *Intervenants.*

N° du greffe: 17029.

1982: 14, 15 juin; 1982: 6 décembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit constitutionnel — Modification de la Constitution — Projet de modification de la Constitution ayant un effet sur les pouvoirs provinciaux — Québec seule province dissidente — Existe-t-il une règle conventionnelle de l'unanimité? — Le Québec a-t-il un droit de veto conventionnel?*

Ce renvoi découle de l'opposition du Québec à une résolution concernant un projet de rapatriement et de modification de la constitution canadienne adoptée par le Parlement du Canada en décembre 1981. Cette résolution, qui contient une adresse à Sa Majesté la Reine du chef du Royaume-Uni, reflète essentiellement l'entente constitutionnelle intervenue entre le Canada et les neuf autres provinces le 5 novembre 1981. Par décret, le gouvernement du Québec a soumis à la Cour d'appel de cette province la question suivante:

Le consentement du Québec est-il, par convention, constitutionnellement nécessaire à l'adoption par le Sénat et la Chambre des Communes du Canada d'une résolution ayant pour objet de faire modifier la constitution canadienne de façon à porter atteinte:

i) à l'autorité législative de la législature du Québec en vertu de la constitution canadienne;

(ii) the status or role of the Legislature or Government of the Province of Quebec within the Canadian federation;

and, does the objection of the Province of Quebec render the adoption of such resolution unconstitutional in the conventional sense?

The Court of Appeal answered this question in the negative. The Attorney General of Quebec appealed from this decision.

*Held*: The appeal should be dismissed. The constitutional question should be answered in the negative.

Quebec has no conventional power of veto over constitutional amendments affecting the legislative competence of the Province. Appellant failed to demonstrate compliance with the most important requirement for establishing a convention, that is, acceptance or recognition of such a convention by the actors in the precedents. This recognition is not only an essential element of conventions: it is the normative one, the formal one which enables us unmistakably to distinguish a constitutional rule from a rule of convenience or from political expediency. As for the conventional rule of unanimity, it has already been unanimously rejected by this Court in *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753. Appellant advanced no compelling reason why this opinion should be modified.

*Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, followed.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec, [1982] C.A. 33, 134 D.L.R. (3d) 719, which answered in the negative a constitutional question referred to it by the Government of Quebec pursuant to the *Act respecting a reference to the Court of Appeal, 1981*. Appeal dismissed.

*Jean-K. Samson, Henri Brun, Robert Décary* and *Odette Laverdière*, for the appellant.

*Raynold Langlois, Michel Robert, Edward Goldenberg, Louis Reynolds, Louyse Cadieux, Luc Martineau* and *Claude Joli-Cœur*, for the respondent.

*Emile Colas, Q.C.*, for the intervener the Association canadienne-française de l'Ontario.

*James O'Reilly*, for the intervener The Grand Council of the Crees (of Quebec).

ii) au statut ou rôle de la législature ou du gouvernement du Québec au sein de la fédération canadienne;

et, l'objection du Québec rend-elle l'adoption d'une telle résolution inconstitutionnelle au sens conventionnel?

La Cour d'appel a répondu négativement à la question. Le procureur général du Québec en appelle de cette décision.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté. La question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

Le Québec ne possède pas un droit de veto conventionnel sur les modifications constitutionnelles qui ont un effet sur le pouvoir législatif de la province. L'appelant n'a pas réussi à faire la preuve que la condition la plus importante pour établir une convention—soit l'acceptation ou la reconnaissance d'une telle convention par les acteurs dans les précédents—a été remplie. Cette reconnaissance n'est pas seulement un élément essentiel des conventions. C'est l'élément normatif, l'élément formel qui permet de faire avec certitude la distinction entre une règle constitutionnelle et une règle de convenance ou une ligne de conduite jugée opportune sur le plan politique. Quant à la règle conventionnelle de l'unanimité, cette Cour l'a déjà unanimement rejetée dans l'arrêt *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753. L'appelant n'a avancé aucun motif qui imposerait un changement de cette opinion.

Jurisprudence: arrêt suivi: *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1982] C.A. 33, 134 D.L.R. (3d) 719, qui a répondu négativement à une question constitutionnelle soumise par le gouvernement du Québec en vertu de la *Loi sur un renvoi à la Cour d'appel, 1981*. Pourvoi rejeté.

*Jean-K. Samson, Henri Brun, Robert Décary* et *Odette Laverdière*, pour l'appelant.

*Raynold Langlois, Michel Robert, Edward Goldenberg, Louis Reynolds, Louyse Cadieux, Luc Martineau* et *Claude Joli-Cœur*, pour l'intimé.

*Emile Colas, c.r.*, pour l'intervenante l'Association canadienne-française de l'Ontario.

*James O'Reilly*, pour l'intervenant The Grand Council of the Crees (du Québec).

THE COURT

I—The facts

This is an appeal from the opinion pronounced on April 7, 1982, by the Quebec Court of Appeal on a question referred to it by the Government of Quebec regarding the Resolution to amend the Constitution.

This appeal is brought as of right pursuant to s. 37 of the *Supreme Court Act* (R.S.C. 1970, c. S-19) and to s. 1 of *An Act respecting a reference to the Court of Appeal*, (1981 (Que.), c. 17).

The reference is the second one on this subject. The first reference also gave rise to an appeal to this Court in which judgment was delivered on September 28, 1981 at the same time as in two other appeals arising from a reference by the Government of Manitoba and a reference by the Government of Newfoundland: *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, hereinafter referred to as the *First Reference*.

Following the judgment in the *First Reference*, the Government of Canada and the governments of the ten provinces held a Constitutional Conference, on November 2 to 5, 1981, to seek agreement on the patriation of the Constitution together with a charter of rights and an amending formula. On November 5, 1981 Canada and nine of the ten provinces signed an agreement to this effect. Quebec was the dissenting province.

By the agreement of November 5, 1981 in essence, the Government of Canada and the governments of Ontario and New-Brunswick accepted, with some amendments, a procedure for amending the Constitution of Canada, the so-called Vancouver formula, which had been agreed upon on April 16, 1981 by the eight other provinces. Nova-Scotia, Manitoba, British-Columbia, Prince Edward Island, Alberta, Saskatchewan and Newfoundland also accepted, with some amendments, the entrenchment of a *Canadian Charter of Rights*, binding on Parliament and the provincial legislatures, already agreed upon by the Government of Canada and the Governments of Ontario and New-Brunswick.

LA COUR

I—Les faits

Le pourvoi porte sur l'opinion énoncée le 7 avril 1982 par la Cour d'appel du Québec sur une question qui lui a été déférée par le gouvernement du Québec au sujet de la Résolution pour modifier la Constitution.

Ce pourvoi est formé de plein droit conformément à l'art. 37 de la *Loi sur la Cour suprême* (S.R.C. 1970, chap. S-19) et à l'art. 1 de la *Loi sur un renvoi à la Cour d'appel* (1981 (Qué.), chap. 17).

Ce renvoi est le second portant sur le sujet. Le premier renvoi avait également donné lieu à un pourvoi devant cette Cour, lequel a fait l'objet d'un arrêt le 28 septembre 1981, en même temps que deux autres pourvois découlant respectivement d'un renvoi du gouvernement du Manitoba et d'un renvoi du gouvernement de Terre-Neuve: *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, ci-après appelé le *Premier renvoi*.

A la suite de l'arrêt sur le *Premier renvoi*, le gouvernement du Canada et les dix gouvernements provinciaux tiennent une conférence constitutionnelle du 2 au 5 novembre 1981, afin de rechercher une entente sur le rapatriement de la Constitution ainsi que sur une charte des droits et une formule de modification. Le 5 novembre 1981, le Canada et neuf provinces signent une entente à cet effet. Le Québec est la province dissidente.

Aux termes de l'entente du 5 novembre 1981, le gouvernement du Canada et les gouvernements de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick acceptent, moyennant certaines modifications, une procédure de modification de la Constitution du Canada, connue sous le nom de formule de Vancouver, à laquelle ont souscrit les huit autres provinces le 16 avril 1981. La Nouvelle-Écosse, le Manitoba, la Colombie-Britannique, l'Ile-du-Prince-Edouard, l'Alberta, la Saskatchewan et Terre-Neuve acceptent également, moyennant certaines modifications, l'enchâssement d'une *Charte canadienne des droits* liant le Parlement fédéral et les législatures provinciales et sur laquelle s'étaient déjà entendus le gouvernement du Canada et les gouvernements de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick.

On November 18, 1981 the Minister of Justice of Canada laid before the House of Commons a resolution which contained a joint address of the Senate and the House of Commons to be presented to Her Majesty the Queen in right of the United Kingdom. While in substance the joint address reflected the agreement of November 5, 1981 it was similar in form to the one quoted in the *First Reference*, at p. 766. It included a draft United Kingdom statute the short title of which was the *Canada Act* which, in turn, had appended to it another draft statute entitled the *Constitution Act, 1981* later designated as the *Constitution Act, 1982*. The latter statute provided for the entrenchment of a *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and it contained the new procedure for amending the Constitution of Canada. The *Constitution Act, 1982* also contained a range of other provisions which it is unnecessary to enumerate.

Section 2 of the *Canada Act* constituted the so-called abdication clause, reading as follows:

**2.** No Act of the Parliament of the United Kingdom passed after the *Constitution Act, 1981* comes into force shall extend to Canada as part of its law.

On November 25, 1981 the Government of Quebec expressed its formal opposition to the proposed Resolution in Decree No. 3214-81:

[TRANSLATION]

DECREE

GOVERNMENT OF QUEBEC

CONCERNING the objection by Quebec to the proposed patriation and amendment of the Constitution of Canada

* * *

WHEREAS on November 18, 1981 the federal government tabled in the House of Commons a motion regarding the patriation and amendment of the Constitution of Canada;

WHEREAS if implemented, this motion would have the effect of substantially reducing the powers and rights of Quebec and of its National Assembly without its consent;

Le 18 novembre 1981, le ministre de la Justice du Canada dépose à la Chambre des communes une résolution contenant une adresse commune du Sénat et de la Chambre des communes à Sa Majesté la Reine du chef du Royaume-Uni. Même si cette adresse commune reflète essentiellement l'entente du 5 novembre 1981, elle revêt la même forme que celle citée dans le *Premier renvoi*, à la p. 766. Elle comprend un projet de loi du Royaume-Uni, dont le titre abrégé est la *Loi sur le Canada*, qui, à son tour, porte en annexe un autre projet de loi intitulé *Loi constitutionnelle de 1981* subséquemment désigné sous le titre de *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette dernière loi prévoit l'enchâssement d'une *Charte canadienne des droits et libertés* et elle comporte la nouvelle procédure de modification de la Constitution du Canada. La *Loi constitutionnelle de 1982* comporte également une série d'autres dispositions qu'il est inutile d'énumérer.

L'article 2 de la *Loi sur le Canada* constitue ce qu'il est convenu d'appeler la clause de renonciation et il se lit comme suit:

**2.** Les lois adoptées par le Parlement du Royaume-Uni après l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1981* ne font pas partie du droit du Canada.

Le 25 novembre 1981, le gouvernement du Québec exprime officiellement son opposition à ce projet de résolution dans le décret nº 3214-81:

DÉCRET

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC

CONCERNANT l'opposition du Québec au projet de rapatriement et de modification de la constitution canadienne

* * *

ATTENDU QUE le gouvernement fédéral a présenté à la Chambre des Communes, le 18 novembre 1981, une motion visant à rapatrier et à modifier la constitution canadienne;

ATTENDU QUE cette motion, si on y donnait suite, aurait pour effet de diminuer substantiellement les pouvoirs et les droits du Québec et de son Assemblée nationale sans son consentement;

WHEREAS it has always been recognized that no change of this kind could be made without the consent of Quebec.

BE IT RESOLVED, on the motion of the Premier:

THAT Quebec formally vetoes the Resolution tabled in the House of Commons on November 18, 1981 by the federal Minister of Justice.

THAT this objection be officially communicated to the federal government and the governments of the other provinces.

AUTHENTIC COPY
DEPUTY CLERK OF THE
EXECUTIVE COUNCIL
Jean-Pierre Vaillancourt

On the same date, the Government of Quebec ordered the present reference in Decree No. 3215-81. It is unnecessary to quote this decree however, as it was superseded by Decree No. 3367-81, the text of which is quoted below, adopted on December 9, 1981 and drafted in almost identical terms as Decree No. 3215-81, except for two minor corrections in the preamble which made allowance for the fact that by then, the joint address had already been voted.

The joint address was adopted by the House of Commons on December 2, 1981 and by the Senate on December 8, 1981. It included further amendments agreed upon by Canada and all the provinces except Quebec.

On December 8, 1981 the Governor General of Canada received the text of the joint address and, pursuant to the advice of Her Majesty's Privy Council for Canada, transmitted it to Her Majesty on December 9, 1981.

On the same date, the Government of Quebec re-ordered the present reference in Decree No. 3367-81:

[TRANSLATION] WHEREAS the Senate and House of Commons of Canada adopted a Resolution regarding the Constitution of Canada;

WHEREAS this Resolution requests the introduction in the Parliament of the United Kingdom of a bill entitled the Canada Act which, if adopted by the Parliament of the United Kingdom, will most notably have the

ATTENDU QU'il a toujours été reconnu qu'aucune modification de cette nature ne pouvait être effectuée sans le consentement du Québec.

IL EST DÉCIDÉ, sur la proposition du Premier ministre:

QUE le Québec oppose formellement son veto à l'encontre de la résolution présentée à la Chambre des Communes, le 18 novembre 1981, par le ministre fédéral de la Justice.

QUE cette opposition soit officiellement transmise au gouvernement fédéral et à celui des autres provinces.

COPIE AUTHENTIQUE
LE GREFFIER ADJOINT
DU CONSEIL EXÉCUTIF
Jean-Pierre Vaillancourt

Le même jour, le gouvernement du Québec ordonne le présent renvoi dans le décret nº 3215-81. Il est toutefois inutile de citer ce décret étant donné qu'il a été remplacé par le décret nº 3367-81 dont le texte est reproduit plus bas, pris le 9 décembre 1981 et rédigé en des termes presque identiques à ceux du décret nº 3215-81, à l'exception de deux corrections mineures apportées au préambule de manière à tenir compte du fait que l'adresse commune avait alors déjà été adoptée.

L'adresse commune est adoptée par la Chambre des communes le 2 décembre 1981 et par le Sénat, le 8 décembre 1981. Elle comporte d'autres modifications dont ont convenu le Canada et toutes les provinces à l'exception du Québec.

Le gouverneur général du Canada reçoit le texte de l'adresse commune le 8 décembre 1981 et, conformément à l'avis du Conseil privé de Sa Majesté pour le Canada, il le transmet à Sa Majesté le 9 décembre 1981.

Le même jour, le gouvernement du Québec réordonne le présent renvoi dans le décret nº 3367-81:

ATTENDU QUE le Sénat et la Chambre des Communes du Canada ont adopté une résolution concernant la Constitution du Canada;

ATTENDU QUE cette résolution demande de faire déposer devant le Parlement du Royaume-Uni un projet de loi intitulé Loi sur le Canada qui, s'il est adopté par le Parlement du Royaume-Uni, aura notamment pour

effect of enacting for Canada the Constitution Act, 1981;

WHEREAS the proposed legislation has the effect of making significant changes in the status and role of Quebec within the Canadian federal system;

WHEREAS Quebec forms a distinct society within the Canadian federation;

WHEREAS the Supreme Court of Canada stated on September 28, 1981 that the consent of the provinces is constitutionally necessary for the adoption of this proposal;

WHEREAS Quebec has not agreed and has objected to the proposed changes;

WHEREAS no change of a similar significance to that proposed in this Resolution has to date been made without the consent and over the objection of Quebec;

WHEREAS it is expedient to submit to the Court of Appeal for hearing and consideration, pursuant to the Court of Appeal Reference Act the question herein below set out.

ACCORDINGLY, it is ordered, upon the proposal of the Minister of Justice, that the following question be submitted to the Court of Appeal for hearing and consideration:

Is the consent of the Province of Quebec constitutionally required, by convention, for the adoption by the Senate and the House of Commons of Canada of a resolution the purpose of which is to cause the Canadian Constitution to be amended in such a manner as to affect:

i) the legislative competence of the Legislature of the Province of Quebec in virtue of the Canadian Constitution;

ii) the status or role of the Legislature or Government of the Province of Quebec within the Canadian federation;

and, does the objection of the Province of Quebec render the adoption of such resolution unconstitutional in the conventional sense?

On December 22, 1981 the Government of the United Kingdom introduced in the Parliament of Westminster a bill known as "A Bill to Give Effect to a Request of the Senate and House of Commons of Canada" which was to become the *Canada Act 1982*.

effet d'édicter pour le Canada la Loi constitutionnelle de 1981;

ATTENDU QUE la législation proposée a pour effet d'apporter des modifications importantes au statut et au rôle du Québec au sein du régime fédéral canadien;

ATTENDU QUE le Québec forme une société distincte à l'intérieur de l'ensemble fédéral canadien;

ATTENDU QUE la Cour suprême du Canada a le 28 septembre 1981 déclaré que le consentement des provinces est constitutionnellement nécessaire à l'adoption de ce projet;

ATTENDU QUE le Québec n'a pas consenti et s'est objecté aux modifications proposées;

ATTENDU QU'aucune modification de portée similaire à celle proposée dans cette résolution n'est à ce jour intervenue sans l'assentiment et malgré l'objection du Québec;

ATTENDU QU'il y a lieu, conformément à la Loi sur les renvois à la Cour d'Appel, de soumettre à la Cour d'Appel, pour audition et examen, la question ci-après énoncée.

EN CONSÉQUENCE, IL EST ORDONNÉ, sur la proposition du ministre de la Justice que la question suivante soit soumise à la Cour d'Appel pour audition et examen:

Le consentement du Québec est-il, par convention, constitutionnellement nécessaire à l'adoption par le Sénat et la Chambre des Communes du Canada d'une résolution ayant pour objet de faire modifier la constitution canadienne de façon à porter atteinte:

i) à l'autorité législative de la législature du Québec en vertu de la constitution canadienne;

ii) au statut ou rôle de la législature ou du gouvernement du Québec au sein de la fédération canadienne;

et, l'objection du Québec rend-elle l'adoption d'une telle résolution inconstitutionnelle au sens conventionnel?

Le 22 décembre 1981, le gouvernement du Royaume-Uni dépose au Parlement de Westminster un projet de loi appelé «Projet de loi donnant suite à une demande du Sénat et de la Chambre des communes du Canada», qui deviendra la *Loi de 1982 sur le Canada*.

The Quebec Court of Appeal heard counsel in argument on the reference on March 15, 16 and 17, 1982.

The bill introduced at Westminster was passed on March 25, 1982 and received royal assent on March 29, 1982. The *Canada Act 1982* came into force on this date.

On April 7, 1982 the Quebec Court of Appeal rendered its unanimous opinion answering in the negative the question referred to it.

On April 13, 1982 the Attorney General of Quebec appealed to this Court and on April 15, 1982 at the request of the appellant, Lamer J. stated a constitutional question pursuant to Rule 17 of this Court. The terms of this question are identical to those of the question referred to the Quebec Court of Appeal.

On April 17, 1982 the *Constitution Act, 1982* was proclaimed in force by the Queen under the Great Seal of Canada and has been in force since that date.

II—The opinion of the Court of Appeal

The unanimous opinion of the Quebec Court of Appeal, answering the question in the negative, is a collective one. It has been signed as a multiple-author opinion by the five judges who participated in the reference, Crête, C.J.Q. and Montgomery, Turgeon, Monet and Jacques JJ.A.

The Court of Appeal first observed that at the time of the hearing, on March 15, 16 and 17, 1982 the process of constitutional amendment had not yet been completed. Although it had been conceded by counsel for the Attorney General for Quebec that an affirmative answer to the question could have political consequences but no legal ones, the Court of Appeal took the view that, given the broad terms of the *Court of Appeal Reference Act*, R.S.Q. 1977, c. R-23, it should answer a question which had to do with the "legitimacy" if not the "legality" of the patriation process.

The Court of Appeal was asked by the Attorney General of Quebec to answer the question in the

La Cour d'appel du Québec entend le renvoi les 15, 16 et 17 mars 1982.

Le projet de loi déposé à Westminster est adopté le 25 mars 1982 et reçoit la sanction royale le 29 mars 1982. La *Loi de 1982 sur le Canada* entre en vigueur à cette date.

Le 7 avril 1982, la Cour d'appel du Québec, dans une opinion unanime, répond par la négative à la question qui lui a été déférée.

Le 13 avril 1982, le procureur général du Québec forme un pourvoi auprès de cette Cour et, le 15 avril 1982, à la demande de l'appelant, le juge Lamer énonce une question constitutionnelle conformément à la Règle 17 de cette Cour. Cette question est identique à celle soumise à la Cour d'appel du Québec.

Le 17 avril 1982, la *Loi constitutionnelle de 1982* entre en vigueur par proclamation de la Reine sous le grand sceau du Canada et elle est en vigueur depuis cette date.

II—L'opinion de la Cour d'appel

L'opinion unanime dans laquelle la Cour d'appel du Québec répond négativement à la question, est un texte collectif. Elle est paraphée à titre de coauteurs par chacun des cinq juges qui ont entendu le renvoi, savoir le juge en chef Crête et les juges Montgomery, Turgeon, Monet et Jacques.

La Cour d'appel souligne d'abord qu'au moment de l'audition du renvoi, les 15, 16 et 17 mars 1982, le processus de modification constitutionnelle n'était pas encore complété. Bien que l'avocat du procureur général du Québec ait reconnu qu'une réponse affirmative à la question pourrait avoir des conséquences d'ordre politique et non juridique, la Cour d'appel exprime l'avis qu'en raison des termes généraux utilisés dans la *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, L.R.Q. 1977, chap. R-23, elle se doit de répondre à une question portant sur la «légitimité» sinon la «légalité» du processus de rapatriement.

Le procureur général du Québec a demandé à la Cour d'appel de répondre affirmativement à la

affirmative on the basis of two alternative submissions. According to the first submission, there was a convention requiring the unanimous consent of the ten provinces to any constitutional amendment of the type in issue. According to the second submission, because of the principle of duality, Quebec had by convention a power of veto over any constitutional amendment affecting the legislative competence of the Province or the status or role of its legislature or government within the Canadian federation.

The Court of Appeal rejected the first submission as it found that this Court had already ruled it out in the *First Reference*. It rejected the second submission on the following grounds: at law, all the provinces are fundamentally equal and the Attorney General of Quebec had failed to establish that either the Government of Canada or the other provinces had conventionally recognized in Quebec any special power of veto over constitutional amendment not possessed by the other provinces.

The Court of Appeal further held that at the Constitutional Conference of November 2 to 5, 1981 the degree of provincial consent required had been determined and achieved by the political actors, in accordance with the judgment of this Court in the *First Reference*.

III—The position of the parties

Before coming to the submissions made by the parties, it should be said at the outset that the Attorney General of Canada conceded that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* contained in the *Constitution Act, 1982* affects the legislative competence of all the provinces including Quebec.

To the question whether the status or role of the Legislature or Government of the Province of Quebec within the Canadian federation is affected by the *Constitution Act, 1982* the factum of the Attorney General of Canada makes the following answer:

As for the role and status of Quebec within the Canadian federation, this Act provides Quebec a constitutionally guaranteed right to participate in the amendment of the constitution and to opt out of amendments

question en s'appuyant sur deux thèses possibles. Selon la première thèse, il existe une convention qui exige le consentement unanime des dix provinces pour toute modification constitutionnelle du genre de celle dont il est question en l'espèce. Selon la seconde thèse, en raison du principe de la dualité, le Québec possède, par convention, un droit de veto sur toute modification constitutionnelle qui a un effet sur le pouvoir législatif de la province ou encore sur le statut ou le rôle de sa législature ou de son gouvernement au sein de la fédération canadienne.

La Cour d'appel rejette la première thèse en concluant que cette Cour l'a déjà écartée dans le *Premier renvoi*. Elle rejette la seconde thèse pour les motifs suivants: en droit, toutes les provinces sont fondamentalement sur un pied d'égalité et le procureur général du Québec n'a pas établi que le gouvernement du Canada ou les autres provinces ont, par convention, reconnu que le Québec possède en exclusivité un droit de veto spécial opposable à une modification constitutionnelle.

La Cour d'appel conclut, en outre, qu'à la conférence constitutionnelle du 2 au 5 novembre 1981, le degré de consentement nécessaire des provinces a été précisé et réalisé par les acteurs politiques, conformément à l'arrêt de cette Cour dans le *Premier renvoi*.

III—La position des parties

Avant de passer aux thèses soumises par les parties, il convient de mentionner, au départ, que le procureur général du Canada a reconnu que la *Charte canadienne des droits et libertés* contenue dans la *Loi constitutionnelle de 1982* a un effet sur l'autorité législative de toutes les provinces y compris le Québec.

A la question de savoir si la *Loi constitutionnelle de 1982* a un effet sur le statut ou le rôle de la législature ou du gouvernement de la province de Québec au sein de la fédération canadienne, le mémoire du procureur général du Canada donne la réponse suivante:

Quant au rôle et statut du Québec au sein de la fédération canadienne, cette loi accorde au Québec un droit constitutionnellement garanti de participer à la modification de la constitution et de se soustraire aux

that derogate from its legislative powers, its proprietary rights or any other rights or privileges of its legislature or government (section 38(2)) under reserve of its constitutionally guaranteed right to financial compensation when the amendment involves a transfer of provincial legislative competence to Parliament in relation to education or other cultural matters (section 40).

This answer is a qualified admission, but an admission nonetheless, that the role and status of Quebec within the Canadian federation are modified by the procedure for amending the Constitution.

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is not identical to the *Charter of Rights and Freedoms* referred to in the *First Reference* and the procedure for amending the Constitution of Canada differs substantially from the amending procedure also referred to in the *First Reference.* But it is unnecessary to review these differences. It is sufficient to note that in spite of these differences and on the whole, the *Constitution Act, 1982* directly affects federal-provincial relationships to the same relevant extent as the proposed constitutional legislation discussed in the *First Reference.*

The position of the appellant was that the appeal should be allowed and the constitutional question answered in the affirmative on the basis of the same two submissions which he had made to the Court of Appeal, the first relating to a conventional rule of unanimity and the second to a conventional power of veto said to have been held by Quebec. (Actually, the submission relating to unanimity was made in the second place, but it will be dealt with first, as was done in the Court of Appeal).

While both submissions seek the same answer to the constitutional question, they are alternative ones, as they have to be, for not only are they quite distinct from each other, they actually contradict one another: the rule of unanimity is predicated on the fundamental equality of all the provinces as it would give a power of veto to each of them whereas an exclusive power of veto for Quebec negates the rule of unanimity as well as the principle of fundamental equality. Also, and as will be seen below, the reason which is said to anchor the

modifications dérogatoires à ses compétences législatives, à ses droits de propriété ou à tous autres privilèges de sa législature ou de son gouvernement (article 38(2)) sous réserve de son droit constitutionnellement garanti à une compensation financière en matière d'éducation ou dans d'autres domaines culturels lorsque l'amendement comporte un transfert de compétences législatives provinciales au Parlement (article 40).

Cette réponse est une reconnaissance mitigée, mais néanmoins une reconnaissance, que la procédure de modification de la Constitution change le rôle et le statut du Québec au sein de la fédération canadienne.

La *Charte canadienne des droits et libertés* n'est pas identique à la *Charte des droits et libertés* mentionnée dans le *Premier renvoi* et la procédure de modification de la Constitution du Canada diffère de façon appréciable de la procédure de modification qui y est également mentionnée. Il est toutefois inutile d'examiner ces différences. Il suffit de noter que somme toute, malgré ces différences, la *Loi constitutionnelle de 1982* a un effet direct sur les relations fédérales-provinciales dans la même mesure que le projet de loi constitutionnelle dont traite le *Premier renvoi.*

L'appelant a fait valoir que le pourvoi devrait être accueilli et que la réponse à la question constitutionnelle devrait être affirmative en fonction des deux mêmes thèses qu'il avait soumises à la Cour d'appel, la première concernant une règle conventionnelle de l'unanimité et la seconde, un droit de veto conventionnel que posséderait le Québec. (En réalité, la thèse de l'unanimité a été plaidée en second lieu mais elle sera traitée en premier comme on l'a fait en Cour d'appel).

Bien que les deux thèses visent à la même réponse à la question constitutionnelle, il va de soi qu'il s'agit là d'une alternative étant donné que ces thèses sont non seulement très différentes mais aussi effectivement contradictoires: la règle de l'unanimité repose sur l'égalité fondamentale de toutes les provinces puisque chacune jouirait d'un droit de veto, tandis qu'un droit de veto exclusif du Québec vient en contradiction tant avec la règle de l'unanimité qu'avec le principe de l'égalité fondamentale. De plus, comme nous le verrons plus loin,

conventional rule is a different one in each submission.

In the *First Reference*, there was no substantial disagreement between the majority opinion on convention, (hereinafter referred to as the majority opinion), and the dissenting opinion on convention, (hereinafter referred to as the dissenting opinion), with respect to the nature of constitutional conventions and the requirements for establishing a convention.

The majority opinion as well as the dissenting opinion both approved, at pp. 852 and 883, the definition of a convention given by Freedman C.J.M. in the Manitoba Reference and quoted at p. 883 of the *First Reference*:

> What is a constitutional convention? There is a fairly lengthy literature on the subject. Although there may be shades of difference among the constitutional lawyers, political scientists, and Judges who have contributed to that literature, the essential features of a convention may be set forth with some degree of confidence. Thus there is general agreement that a convention occupies a position somewhere in between a usage or custom on the one hand and a constitutional law on the other. There is general agreement that if one sought to fix that position with greater precision he would place convention nearer to law than to usage or custom. There is also general agreement that "a convention is a rule which is regarded as obligatory by the officials to whom it applies". Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), p. 9. There is, if not general agreement, at least weighty authority, that the sanction for breach of a convention will be political rather than legal.

At page 888 of the *First Reference*, the majority opinion adopted the following passage of Sir W. Ivor Jennings, *The Law and the Constitution* (5th ed., 1959), at p. 136:

> We have to ask ourselves three questions: first, what are the precedents; secondly, did the actors in the precedents believe that they were bound by a rule; and thirdly, is there a reason for the rule? A single precedent with a good reason may be enough to establish the rule. A whole string of precedents without such a reason will be of no avail, unless it is perfectly certain that the persons concerned regarded them as bound by it.

ce que l'on considère comme la raison d'être de la règle conventionnelle varie d'une thèse à l'autre.

Dans le *Premier renvoi*, entre les motifs de la majorité traitant de la convention (ci-après appelés l'opinion majoritaire) et ceux des juges dissidents traitant du même sujet (ci-après appelés l'opinion des juges dissidents), il n'y a pas de désaccord important à propos de la nature des conventions constitutionnelles et des conditions à remplir pour établir une convention.

La définition d'une convention donnée par le juge en chef Freedman du Manitoba dans le renvoi du Manitoba est approuvée à la fois dans l'opinion majoritaire et dans celle des juges dissidents, aux pp. 852 et 883 respectivement. Cette définition est citée à la p. 883 du *Premier renvoi*:

> [TRADUCTION] Qu'est-ce qu'une convention constitutionnelle? On trouve d'assez nombreux écrits sur le sujet. Bien qu'il puisse y avoir des nuances entre les constitutionnalistes, les experts en sciences politiques et les juges qui y ont contribué, on peut énoncer comme suit avec un certain degré d'assurance les caractéristiques essentielles d'une convention. Ainsi il existe un consensus général qu'une convention se situe quelque part entre un usage ou une coutume d'une part et une loi constitutionnelle de l'autre. Il y a un consensus général que si l'on cherchait à fixer cette position avec plus de précision, on placerait la convention plus près de la loi que de l'usage ou de la coutume. Il existe également un consensus général qu'«une convention est une règle que ceux à qui elle s'applique considèrent comme obligatoire». Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), p. 9. Selon la prépondérance des autorités sinon le consensus général, la sanction de la violation d'une convention est politique et non juridique.

A la page 888 du *Premier renvoi*, l'opinion majoritaire adopte le passage suivant de l'ouvrage de sir W. Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, (5e éd., 1959), à la p. 136:

> [TRADUCTION] Nous devons nous poser trois questions: premièrement, y-a-t-il des précédents; deuxièmement, les acteurs dans les précédents se croyaient-ils liés par une règle; et troisièmement, la règle a-t-elle une raison d'être? Un seul précédent avec une bonne raison peut suffire à établir la règle. Toute une série de précédents sans raison peut ne servir à rien à moins qu'il ne soit parfaitement certain que les personnes visées se considèrent ainsi liées.

The main purpose of constitutional conventions is to ensure that the legal framework of the constitution will be operated in accordance with generally accepted principles. It should be borne in mind however that conventional rules, although quite distinct from legal ones, are nevertheless to be distinguished from rules of morality, rules of expediency and subjective rules. Like legal rules, they are positive rules the existence of which has to be ascertained by reference to objective standards. In being asked to answer the question whether the convention did or did not exist, we are called upon to say whether or not the objective requirements for establishing a convention had been met. But we are in no way called upon to say whether it was desirable that the convention should or should not exist and no view is expressed on the matter.

Subject to an important qualification which will be dealt with in due course, appellant accepted the above stated requirements for establishing conventions and made his two submissions within the framework defined by this Court in the *First Reference*.

With respect to the precedents, positive and negative, the appellant invoked for the purposes of his two submissions the same precedents as had been relied upon by the majority opinion in the *First Reference*, at pp. 891 to 894.

The positive precedents are the constitutional amendments leading to the *Constitution Act, 1930*, the *Statute of Westminster, 1931*, the *Constitution Act, 1940*, the *British North America Act, 1951* and the *Constitution Act, 1964*, all of which directly affected federal-provincial relationships in the sense of changing legislative powers and each of which was agreed upon by each province whose legislative authority was affected.

The negative precedents are the failure of a proposed amendment relating to indirect taxation in 1951 and the failure of the Constitutional Conferences of 1960, 1964 and 1971. The precedents also comprise, in negative terms, the fact that no amendment changing provincial legislative powers

Les conventions constitutionnelles ont principalement pour but de garantir que le fonctionnement du cadre juridique de la Constitution est conforme à des principes généralement acceptés. On doit se rappeler toutefois que même si les règles conventionnelles diffèrent sensiblement des règles juridiques, il faut néanmoins les distinguer des règles de moralité, des règles de convenance et des règles subjectives. A l'instar des règles juridiques, ce sont des règles positives dont l'existence doit être établie en fonction de critères objectifs. Lorsqu'on nous demande de décider si la convention existe ou non, il nous incombe de dire si les conditions objectives de l'établissement d'une convention ont été remplies. Toutefois, il ne nous incombe nullement de dire s'il est souhaitable que la convention existe ou non et aucune opinion n'est exprimée à cet égard.

Sous réserve d'une restriction importante dont nous traiterons en temps utile, l'appelant a accepté que pour établir une convention, les conditions susmentionnées devaient être respectées et c'est dans le cadre défini par cette Cour dans le *Premier renvoi* qu'il a soumis ses deux thèses.

Quant aux précédents, positifs et négatifs, l'appelant a invoqué à l'appui de ses deux thèses les mêmes précédents que ceux sur lesquels l'opinion majoritaire s'est appuyée lors du *Premier renvoi* aux pp. 891 à 894.

Les précédents positifs sont les modifications constitutionnelles à l'origine de la *Loi constitutionnelle de 1930*, du *Statut de Westminster, 1931*, de la *Loi constitutionnelle de 1940*, de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1951* et de la *Loi constitutionnelle de 1964*, qui ont toutes eu un effet direct sur les relations fédérales-provinciales en ce sens qu'elles ont modifié les pouvoirs législatifs, et qui ont toutes reçu l'approbation de chacune des provinces dont le pouvoir législatif était ainsi touché.

Les précédents négatifs sont l'échec, en 1951, d'un projet de modification en matière de taxation indirecte et l'échec des conférences constitutionnelles de 1960, 1964 et 1971. Ces précédents comprennent également, en termes négatifs, le fait qu'on ne trouve aucune modification qui change

had been made when agreement of a province whose legislative power would have been changed was withheld.

It was further pointed out by the appellant that no relevant constitutional amendment had been passed without the consent of Quebec and that with respect to one of them, the *Constitution Act, 1964* Quebec alone had delayed the amendment already agreed upon by the nine other provinces as early as 1962. Quebec finally gave its consent in 1964 and the amendment was passed.

The appellant also underlined that the *Constitution Act, 1940* had been delayed because three provinces, Quebec, New-Brunswick and Alberta had not yet consented to it; that the lack of agreement of two provinces, Ontario and Quebec, had prevented a proposed constitutional amendment relating to indirect taxation in 1951; and that the lack of agreement of the sole Province of Quebec had caused the failure of the Constitutional Conference of 1964, relating to the Fulton-Favreau formula as well, in practice, as the failure of the Constitutional Conference of 1971 relating to the Victoria Charter, although in the latter case, Saskatchewan did not make its position known.

It was recognized by the appellant that there must be a reason for the alleged conventional rule.

The reason for the unanimity rule, he argued, was the federal principle within the meaning given to this principle by the majority opinion in the *First Reference*.

The reason for the conventional rule giving to Quebec a power of veto was said to be the principle of duality, the meaning and nature of which will be discussed in more detail below.

Finally, as to the requirement that the actors in the precedents believe that they were bound by the rule, the appellant submitted that it had been met. But his counsel substantially qualified this submission by pleading in his factum and in oral argument that the precedents and the reason for the rule suffice to establish a constitutional convention

les pouvoirs législatifs provinciaux sans l'accord d'une province dont les pouvoirs législatifs auraient ainsi été modifiés.

L'appelant a souligné, en outre, qu'aucune modification constitutionnelle pertinente n'a été adoptée sans le consentement du Québec et qu'en ce qui concerne l'une d'elles, la *Loi constitutionnelle de 1964*, seul le Québec a retardé la modification que les neuf autres provinces avaient approuvée dès 1962. Le Québec y donna finalement son accord en 1964 et la modification fut adoptée.

L'appelant a aussi fait remarquer que la *Loi constitutionnelle de 1940* avait été retardée parce qu'elle n'avait pas encore reçu l'approbation de trois provinces, savoir le Québec, le Nouveau-Brunswick et l'Alberta, qu'en 1951, l'absence d'accord de deux provinces, savoir l'Ontario et le Québec, avait fait obstacle à un projet de modification constitutionnelle en matière de taxation indirecte et que l'absence d'accord de la seule province de Québec était à l'origine de l'échec de la conférence constitutionnelle de 1964 portant sur la formule Fulton-Favreau et, en pratique, de l'échec de la conférence constitutionnelle de 1971 portant sur la Charte de Victoria, bien que dans ce dernier cas, la Saskatchewan n'ait pas fait connaître sa position.

L'appelant a reconnu qu'une règle conventionnelle doit avoir une raison d'être.

La raison d'être de la règle de l'unanimité est, selon lui, le principe fédéral ainsi que l'a défini l'opinion majoritaire dans le *Premier renvoi*.

La raison d'être de la règle conventionnelle attribuant au Québec un droit de veto serait le principe de la dualité dont le sens et la nature seront examinés plus en détail ci-dessous.

Enfin, pour ce qui est de la condition que les acteurs dans les précédents se soient crus liés par la règle, l'appelant a soutenu qu'elle avait été remplie. Toutefois, son procureur a atténué cet argument de façon appréciable en soutenant, dans son mémoire et dans sa plaidoirie, que les précédents et la raison d'être de la règle suffisent à

and, accordingly that the recognition of the actors in the precedents is not required or alternatively that recognition can be tacit and inferred from the precedents.

The respondent submitted that the Court should refuse to answer the question. He also submitted that if the Court should answer the question it should answer in the negative on the basis of the *First Reference*. He submitted alternatively that, if the Court should answer the question, it should answer that the political leaders had complied with the convention recognized by this Court in the *First Reference*.

The interveners generally supported the position of the appellant.

IV—Whether the question should be answered

The respondent advanced two reasons why the Court should refuse to answer the question: it was a purely political question and it had become academic.

The first objection had also been raised in the *First Reference* and dismissed in the majority opinion as well as in the dissenting opinion. The majority opinion adopted the view of Freedman C.J.M. on this point, at p. 884:

> In my view, this submission goes too far. Its characterization of Question 2 as "purely political" overstates the case. That there is a political element embodied in the question, arising from the contents of the joint address, may well be the case. But that does not end the matter. If Question 2, even if in part political, possesses a constitutional feature, it would legitimately call for our reply.
>
> In my view, the request for a decision by this Court on whether there is a constitutional convention, in the circumstances described, that the Dominion will not act without the agreement of the Provinces poses a question that it, [*sic*], at least in part, constitutional in character. It therefore calls for an answer, and I propose to answer it.

This view is still valid and ought to prevail in the case at bar.

On the other hand, counsel for the respondent is right in asserting that the constitutional question

établir une convention constitutionnelle et que, par conséquent, la reconnaissance des acteurs dans les précédents n'est pas nécessaire ou, subsidiairement, que cette reconnaissance peut être tacite et découler des précédents.

L'intimé a soutenu que la Cour devrait refuser de répondre à la question. Il a également soutenu que si la Cour devait y répondre, elle devrait le faire par la négative compte tenu du *Premier renvoi*. Subsidiairement, il a soutenu que, si la Cour devait répondre à la question, elle devrait répondre que les dirigeants politiques se sont conformés à la convention dont l'existence a été reconnue par cette Cour dans le *Premier renvoi*.

Les intervenants ont globalement appuyé la position de l'appelant.

IV—Doit-on répondre à la question?

L'intimé a invoqué deux motifs pour lesquels la Cour devrait refuser de répondre à la question: il s'agit d'une question purement politique et cette question est devenue théorique.

La première objection a également été soulevée dans le *Premier renvoi* et elle a été rejetée tant par l'opinion majoritaire que par celle des juges dissidents. L'opinion majoritaire a adopté le point de vue exprimé à ce propos par le juge en chef Freedman, à la p. 884:

> [TRADUCTION] A mon avis cette thèse va trop loin. Qualifier la question 2 de «purement politique» est une exagération. Il est bien possible qu'il y ait un élément politique dans la question, qui découle du contenu de l'adresse conjointe. Mais cela ne clôt pas la discussion. Si la question 2, tout en étant en partie politique, possède des traits constitutionnels, elle appelle légitimement notre réponse.
>
> A mon sens, demander à cette Cour de décider s'il y a une convention constitutionnelle, dans les circonstances décrites, portant que le fédéral n'agira pas sans l'accord des provinces, soulève une question qui du moins en partie est de nature constitutionnelle. Elle exige donc une réponse et je me propose d'y répondre.

Ce point de vue tient toujours et doit l'emporter en l'espèce.

D'autre part, le procureur de l'intimé a raison d'affirmer que la question constitutionnelle est

has become moot. The *Constitution Act, 1982* is now in force. Its legality is neither challenged nor assailable. It contains a new procedure for amending the Constitution of Canada which entirely replaces the old one in its legal as well as in its conventional aspects. Even assuming therefore that there was a conventional requirement for the consent of Quebec under the old system, it would no longer have any object or force.

However, when the reference was ordered, when it was argued before the Court of Appeal and when the Court of Appeal delivered its certified opinion on April 7, 1982 it could not be said that the question was moot since the process of constitutional amendment had not been completed, the *Constitution Act, 1982* having not yet been proclaimed.

This opinion of the Court of Appeal is now standing. Under *An Act respecting a reference to the Court of Appeal*, *supra*, this opinion is deemed to be a judgment of the Court of Appeal which may be appealed to this Court as a judgment in an action. In such a case, an appeal to this Court lies as of right under s. 37 of the *Supreme Court Act*:

**37.** An appeal lies to the Supreme Court from an opinion pronounced by the highest court of final resort in a province on any matter referred to it for hearing and consideration by the lieutenant governor in council of that province whenever it has been by the statutes of that province declared that such opinion is to be deemed a judgment of the highest court of final resort and that an appeal lies therefrom as from a judgment in an action.

While this Court retains its discretion to entertain or not to entertain an appeal as of right where the issue has become moot, it may, in the exercise of its discretion, take into consideration the importance of the constitutional issue determined by a court of appeal judgment which would remain unreviewed by this Court.

In the circumstances of this case, it appears desirable that the constitutional question be answered in order to dispel any doubt over it and it accordingly will be answered.

devenue théorique. La *Loi constitutionnelle de 1982* est maintenant en vigueur. Sa légalité n'est ni contestée ni contestable. Elle prévoit une nouvelle procédure de modification de la Constitution du Canada qui remplace complètement l'ancienne tant au point de vue juridique que conventionnel. C'est pourquoi, même en supposant que le consentement du Québec était conventionnellement requis dans l'ancien système, cette règle serait désormais sans objet ni effet.

Toutefois, on ne peut pas dire que la question était théorique au moment où le renvoi a été ordonné, pas plus qu'au moment où la Cour d'appel en a été saisie et où elle a rendu son opinion certifiée le 7 avril 1982, étant donné que le processus de modification constitutionnelle n'était pas complété et que la *Loi constitutionnelle de 1982* n'avait pas encore été proclamée.

Cette opinion de la Cour d'appel subsiste. Aux termes de la *Loi sur un renvoi à la Cour d'appel*, précitée, cette opinion est considérée comme un jugement de la Cour d'appel, qui peut faire l'objet d'un pourvoi à cette Cour comme un jugement dans une action. Dans un tel cas, un pourvoi à cette Cour peut être formé de plein droit conformément à l'art. 37 de la *Loi sur la Cour suprême*:

**37.** Il peut être interjeté appel à la Cour suprême d'un avis prononcé par la plus haute cour de dernier ressort dans une province sur toute question soumise à l'audition et l'examen de cette cour par le lieutenant-gouverneur en conseil de ladite province quand il a été déclaré par les lois de cette province que l'avis doit être considéré comme un jugement de la plus haute cour de dernier ressort et qu'on peut en interjeter appel comme d'un jugement dans une action.

Tout en conservant son pouvoir discrétionnaire d'entendre ou non un pourvoi de plein droit lorsque la question est devenue théorique, la Cour peut, dans l'exercice de ce pouvoir, tenir compte de l'importance de la question constitutionnelle tranchée par une cour d'appel dont la décision serait soustraite à l'examen ultérieur de cette Cour.

Dans les présentes circonstances, il appert souhaitable de répondre à la question constitutionnelle afin de dissiper tous les doutes qu'elle suscite; voilà pourquoi il y sera répondu.

V—Whether there exists a conventional rule of unanimity

It was the appellant's contention that the majority opinion in the *First Reference* has left open the question whether there existed a conventional rule of unanimity. His main argument for so contending was that the majority opinion did not limit the meaning of the questions relating to convention solely to determining whether there existed a convention which required the unanimous consent of the provinces.

It is quite true that the majority opinion in the *First Reference* gave to the constitutional questions a wider scope than did the dissenting opinion, but this enabled the majority to consider all arguments, including the one relating to unanimity, which it clearly rejected.

The majority opinion in the *First Reference* indicated the position of the majority at the outset, after having stated the submissions of the provinces. Contrary to the provinces which had submitted that the convention did exist, that it required the agreement of all the provinces and that the second question in the Manitoba and Newfoundland References should be answered in the affirmative, counsel for Saskatchewan had also submitted that the question be answered in the affirmative, but on a different basis:

> He submitted that the convention does exist and requires a measure of provincial agreement. Counsel for Saskatchewan further submitted that the Resolution before the Court has not received a sufficient measure of provincial consent.
>
> We wish to indicate at the outset that we find ourselves in agreement with the submissions made on this issue by counsel for Saskatchewan.

(*First Reference*, at p. 886)

At page 888, the majority opinion held that precedents and usage did not suffice to establish a convention, that they had to be normative and be founded on acceptance by the actors in the precedents. The majority went on to make the following statements:

At page 894:

V—Existe-t-il une règle conventionnelle de l'unanimité?

L'appelant a soutenu que l'opinion majoritaire dans le *Premier renvoi* ne règle pas la question de savoir si, conventionnellement, il existe une règle de l'unanimité. A l'appui de cet argument, il a souligné principalement que l'opinion majoritaire ne limite pas le sens des questions relatives à la convention au seul point de savoir s'il existe une convention qui exige le consentement unanime des provinces.

Il est tout à fait vrai que l'opinion majoritaire dans le *Premier renvoi* attribue aux questions constitutionnelles une portée plus grande que ne le font les juges dissidents, mais cela permet à la majorité d'examiner tous les arguments, y compris celui portant sur l'unanimité qu'elle rejette clairement.

Dans le *Premier renvoi*, l'opinion majoritaire affirme la position de la majorité au départ, après avoir énoncé les thèses des provinces. Contrairement aux provinces qui avaient soutenu que la convention existe effectivement, qu'elle requiert l'accord de toutes les provinces et que l'on devrait répondre affirmativement à la deuxième question posée dans les renvois du Manitoba et de Terre-Neuve, le procureur de la Saskatchewan avait également soutenu que la question devrait recevoir une réponse affirmative, mais pour un motif différent:

> Il soutient que la convention existe effectivement et qu'elle exige un certain degré d'accord provincial. Le procureur de la Saskatchewan soutient en outre que la résolution soumise à la Cour n'a pas reçu un degré suffisant de consentement provincial.
>
> Nous devons dire tout de suite que nous sommes d'accord avec la position du procureur de la Saskatchewan sur ce point.

(*Premier renvoi*, à la p. 886)

A la page 888, l'opinion majoritaire conclut que les précédents et l'usage ne sont pas suffisants pour établir une convention, qu'ils doivent être normatifs et reposer sur l'acceptation des acteurs dans les précédents. La majorité fait ensuite les déclarations suivantes.

A la page 894:

Indeed, if the precedents stood alone, it might be argued that unanimity is required.

At page 901:

It seems clear that while the precedents taken alone point at unanimity, the unanimity principle cannot be said to have been accepted by all the actors in the precedents.

At page 904:

We have also indicated that while the precedents point at unanimity, it does not appear that all the actors in the precedents have accepted the unanimity rule as a binding one.

It necessarily follows that, in the opinion of the majority, one essential requirement for establishing a conventional rule of unanimity was missing. This requirement was acceptance by all the actors in the precedents. Accordingly, there existed no such convention.

At page 905 of the *First Reference*, the majority decided that "a substantial degree of provincial consent" was required. A "substantial degree of provincial consent" means less than unanimity. This is what the dissenting judges understood that the majority was deciding: the dissenting opinion contains the following statement at p. 856:

For the Court to postulate some other convention requiring less than unanimous provincial consent to constitutional amendments would be to go beyond the terms of the References and in so doing to answer a question not posed in the References.

The dissenting opinion was based on the understanding of the dissenting judges that the constitutional questions relating to conventions meant the consent of all the provinces. The dissenting judges held that there existed no convention requiring any such consent.

This Court was therefore unanimous in the *First Reference* in rejecting the conventional rule of unanimity.

The appellant advanced no compelling reason why this unanimous opinion should be modified.

The appellant did quote a passage from the notes released to the Press for a speech delivered by the Minister of Justice, the Honourable Guy

D'ailleurs, si les précédents se trouvaient seuls, on pourrait alléguer que l'unanimité est requise.

A la page 901:

Il semble clair que bien que les précédents pris isolément favorisent la thèse de l'unanimité, l'on ne peut dire que tous les acteurs dans les précédents aient accepté le principe de l'unanimité.

A la page 904:

Nous avons aussi indiqué que bien que les précédents favorisent l'unanimité, il ne semble pas que tous les acteurs dans les précédents aient accepté que la règle de l'unanimité les lie.

Il s'ensuit nécessairement que, de l'avis de la majorité, il manque une condition essentielle pour établir la règle conventionnelle de l'unanimité. Cette condition est l'acceptation de tous les acteurs dans les précédents. En conséquence, une telle convention n'existe pas.

A la page 905 du *Premier renvoi*, la majorité décide qu'«un degré appréciable de consentement provincial» est nécessaire. Un «degré appréciable de consentement provincial» veut dire moins que l'unanimité. C'est ainsi que les juges dissidents interprètent l'opinion majoritaire: l'opinion des juges dissidents comporte la déclaration suivante à la p. 856:

Si la Cour postulait d'autres conventions qui exigent moins que le consentement unanime des provinces aux modifications constitutionnelles, elle excéderait le cadre des renvois et ce faisant, elle répondrait à une question que les renvois ne posent pas.

Les juges dissidents fondent leur opinion sur le point de vue que les questions constitutionnelles relatives aux conventions impliquaient le consentement de toutes les provinces. Ils concluent qu'il n'existe aucune convention qui exige ce consentement.

C'est donc unanimement que, dans le *Premier renvoi*, cette Cour rejette la règle conventionnelle de l'unanimité.

L'appelant n'a avancé aucun motif qui imposerait un changement de cette opinion unanime.

L'appelant a cité un passage d'un communiqué de presse relatif à un discours prononcé le 20 novembre 1964 par le ministre de la Justice, l'ho-

Favreau, on November 20, 1964. The notes have been published under the title "Constitutional Amendment in a Canadian Canada" in (1966-67) 12 McGill L.J. 384. The passage is to be found at pp. 388-89:

... the procedure does not impose any legal constraint that thwarts the traditional forces of constitutional change; on the contrary, it mirrors these forces with utter realism. In the past, Ottawa has never amended the Constitution on matters touching essential provincial rights (as defined in clause 2 of the formula) without the consent of all the provinces. Given the current—and I think, fruitful—resurgence of provincial initiative, a change in this convention becomes inconceivable. However much some people may regret this convention, it remains an undeniable political reality. The formula does not invent that reality; it merely acknowledges it.

The appellant also quoted the following passage of the White Paper published in February 1965 under the authority of Minister Favreau, entitled "The Amendment of the Constitution of Canada", (the White Paper) at pp. 46-47:

It may be argued that a requirement of unanimity is too inflexible to be applied to the distribution of legislative powers, but this distribution is basic to the Canadian federation. In fact, in the 97 years that have elapsed since Confederation, no amendment has altered the powers of provincial legislatures under section 92 of the British America Act without the consent of all the provinces.

This clearly reflects a basic and historic fact in Canadian constitutional affairs. The Constitution cannot be changed in a way that might deprive provinces of their legislative powers unless they consent. The law has not said so, but the facts of national life have imposed the unanimity requirement, and experience since Confederation has established it as a convention that a government or Parliament would disregard at its peril. This experience is reflected in the formula worked out in 1960-61 and now proposed.

In the *First Reference*, counsel had not relied on these extracts which, in appellant's submission, nonetheless amounted to a recognition of a conventional rule of unanimity.

norable Guy Favreau. Ce communiqué a été publié sous le titre «Constitutional Amendment in a Canadian Canada», à (1966-67) 12 McGill L.J. 384. On trouve ce passage aux pp. 388 et 389:

[TRADUCTION] ... cette procédure ne comporte, sur le plan juridique, aucune entrave aux forces traditionnelles de changement constitutionnel; au contraire, elle reflète ces forces d'une manière absolument fidèle. Par le passé, Ottawa n'a jamais modifié la Constitution sur des questions touchant les droits essentiels des provinces (tels que les définit la clause 2 de la formule), sans le consentement de toutes les provinces. Compte tenu de la réapparition des initiatives provinciales à laquelle nous assistons actuellement et que je considère fructueuses, un changement de cette convention est inconcevable. Peu importe que certains puissent la déplorer, cette convention demeure une réalité politique indéniable. La formule ne crée pas cette réalité, elle ne fait que l'attester.

L'appelant a également cité le passage suivant du Livre blanc publié en février 1965 sous l'autorité du ministre Favreau et intitulé «Modification de la Constitution du Canada» (le Livre blanc), à la p. 48:

D'aucuns pourraient soutenir que la règle de l'unanimité est trop rigide pour être appliquée à la répartition des pouvoirs législatifs, mais cette répartition est le fondement même de la fédération canadienne. En fait, au cours des 97 années qui se sont écoulées depuis la Confédération, aucune modification de nature à changer les pouvoirs des législatures provinciales prévus à l'article 92 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique n'a été effectuée sans le consentement de toutes les provinces.

Il faut y voir la preuve du fait fondamental de l'histoire constitutionnelle canadienne: aucune modification de la Constitution ne peut déposséder les provinces de leurs pouvoirs législatifs sans qu'elles n'y consentent. La loi est muette à ce sujet, mais les réalités de la vie nationale ont imposé la règle de l'unanimité et l'expérience depuis la Confédération l'a érigée en une règle qu'un gouvernement ou Parlement ne saurait méconnaître qu'à ses risques et périls. Cette expérience s'est reflétée dans la formule élaborée en 1960-1961 et maintenant proposée.

Dans le *Premier renvoi*, les procureurs n'ont pas invoqué ces extraits qui, selon l'appelant, correspondent néanmoins à une reconnaissance de la règle conventionnelle de l'unanimité.

This is not the case, in our view.

The above quoted statements of Minister Favreau must be read in context. The passage of the White Paper is to be found in chapter V entitled "The Amending Formula: An Appraisal", under a sub-title which reads "Stability versus Flexibility".

Chapter V is preceded by chapter II entitled "History of Constitutional Amendment in Canada" the fourth sub-title of which reads "Procedures Followed in the Past in Securing Amendments to the British North America Act". Substantial parts of the text written under this last subtitle were quoted, analysed and relied upon by the majority opinion in the *First Reference*, at pp. 898 and 899. They include the following at pp. 10 and 11 of the White Paper:

> The procedures for amending a constitution are normally a fundamental part of the laws and conventions by which a country is governed. This is particularly true if the constitution is embodied in a formal document, as is the case in such federal states as Australia, the United States and Switzerland. In these countries, the amending process forms an important part of their constitutional law.
>
> In this respect, Canada has been in a unique constitutional position. Not only did the British North America Act not provide for its amendment by Canadian legislative authority, except to the extent outlined at the beginning of this chapter, but it also left Canada without any clearly defined procedure for securing constitutional amendments from the British Parliament. As a result, procedures have varied from time to time, with recurring controversies and doubts over the conditions under which various provisions of the Constitution should be amended.
>
> Certain rules and principles relating to amending procedures have nevertheless developed over the years. They have emerged from the practices and procedures employed in securing various amendments to the British North America Act since 1867. Though not constitutionally binding in any strict sense, they have come to be recognized and accepted in practice as part of the amendment process in Canada.
>
> In order to trace and describe the manner in which these rules and principles have developed, the approaches used to secure amendments through the Parlia-

A notre avis, ce n'est pas le cas.

Les déclarations précitées du ministre Favreau doivent être situées dans leur contexte. On trouve le passage du Livre blanc au chapitre V intitulé «Evaluation de la formule de modification», sous le sous-titre «Stabilité ou flexibilité».

Le chapitre V est précédé du chapitre II intitulé «Genèse des modifications apportées à la Constitution au Canada» dont le quatrième sous-titre est «Méthodes adoptées dans le passé pour modifier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique». Aux pages 898 et 899 du *Premier renvoi*, l'opinion majoritaire reprend et analyse de longs extraits du texte de ce dernier sous-titre et s'appuie sur eux. On y trouve notamment l'extrait suivant des pp. 10 et 11 du Livre blanc:

> La méthode prévue pour la modification de la constitution est généralement un aspect essentiel du droit qui régit un pays. Cela est particulièrement vrai lorsque la constitution est renfermée dans un texte officiel, comme c'est le cas dans les États fédéraux tels l'Australie, les États-Unis et la Suisse. Dans ces pays, la formule de modification est une partie importante de l'acte constitutif.
>
> Le Canada se trouve, à cet égard, dans une situation exceptionnelle sur le plan constitutionnel. Non seulement l'Acte de l'Amérique du Nord britannique n'habilite aucune autorité législative canadienne à en modifier les dispositions, sauf dans la mesure indiquée au début du présent chapitre, mais il n'indique pas davantage une procédure clairement définie que le Canada pourrait suivre pour obtenir du Parlement britannique des modifications de la Constitution. En conséquence, les façons de procéder ont varié de temps à autre et ont donné lieu régulièrement à des controverses et à des incertitudes quant aux conditions auxquelles la modification de diverses dispositions de la Constitution doit être soumise.
>
> Néanmoins, un certain nombre de règles et de principes, inspirés des méthodes et des moyens grâce auxquels diverses modifications à l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ont pu être obtenues depuis 1867, se sont dégagés au cours des années. Bien que n'ayant strictement aucun caractère obligatoire sur le plan constitutionnel, ils ont fini par être reconnus et acceptés dans la pratique comme éléments de la procédure de modification au Canada.
>
> Dans le but d'identifier et de décrire les règles et principes qui se sont ainsi fait jour, les paragraphes qui suivent retracent l'historique des méthodes qui ont été

ment of the United Kingdom over the past 97 years are described in the following paragraphs. Not all the amendments are included in this review, but only those that have contributed to the development of accepted constitutional rules and principles.

There follows a list of fourteen constitutional amendments thought to "have contributed to the development of accepted constitutional rules and principles". The White Paper then goes on to state these principles, at p. 15, in the form of a code composed of four conventional rules the fourth of which is the only relevant one:

*The fourth general principle* is that the Canadian Parliament will not request an amendment directly affecting federal-provincial relationships without prior consultation and agreement with the provinces. This principle did not emerge as early as others but since 1907, and particularly since 1930, has gained increasing recognition and acceptance. The nature and the degree of provincial participation in the amending process, however, have not lent themselves to easy definition.

The statement written at p. 47 of the White Paper to the effect that

... the facts of national life have imposed the unanimity requirement, and experience since Confederation has established it as a convention ...

cannot be reconciled with the last sentence of the fourth general principle:

The nature and the degree of provincial participation in the amending process, however, have not lent themselves to easy definition.

If unanimity had been established as a convention, the nature and degree of provincial participation in the amending process would have been fully defined.

In our view, the fourth general principle is to be preferred as an accurate statement of the rule. It is expressed as a part of a conventional code in a chapter which constitutes a detached analysis of historical precedents.

By contrast, the statement made at pp. 46 and 47 of the White Paper is an apology or a plea in favour of an amending formula which had come under attack as being too rigid. It is not an

employées depuis 97 ans pour obtenir du Parlement du Royaume-Uni des modifications de la Constitution. Cette revue ne porte pas sur toutes les modifications, mais seulement sur celles qui ont contribué à l'établissement des règles et principes constitutionnels qui sont maintenant acceptés.

Suit une liste de quatorze modifications constitutionnelles qui auraient «contribué à l'établissement des règles et principes constitutionnels qui sont maintenant acceptés». Le Livre blanc énumère ensuite ces principes, aux pp. 15 et 16, sous la forme d'un code composé de quatre règles conventionnelles, dont la quatrième est la seule qui nous intéresse:

*Quatrièmement*, le Parlement du Canada ne procède pas à une modification de la Constitution intéressant directement les rapports fédératifs sans avoir au préalable consulté les provinces et obtenu leur assentiment. Ce principe ne s'est pas concrétisé aussi tôt que les autres, mais, à partir de 1907 et en particulier depuis 1930, il a été de plus en plus affirmé et accepté. Il n'a pas été facile, cependant, de préciser la nature et l'étendue de la participation provinciale à la procédure de modification.

L'énoncé de la p. 48 du Livre blanc selon lequel

... les réalités de la vie nationale ont imposé la règle de l'unanimité et l'expérience depuis la Confédération l'a érigée en une règle ...

est inconciliable avec la dernière phrase de la quatrième règle générale:

Il n'a pas été facile, cependant, de préciser la nature et l'étendue de la participation provinciale à la procédure de modification.

Si l'unanimité avait été érigée en une règle conventionnelle, la nature et l'étendue de la participation provinciale à la procédure de modification auraient été parfaitement définies.

A notre avis, on doit accorder la préférence à la quatrième règle générale qui constitue un énoncé juste de la règle. Elle fait partie intégrante d'un code conventionnel, dans un chapitre qui constitue une analyse détachée des précédents historiques.

Par contraste, l'énoncé de la p. 48 du Livre blanc est une apologie ou un plaidoyer en faveur d'une formule de modification qui avait été dénoncée pour sa trop grande rigidité. Il ne s'agit pas

authoritative statement of the rule. The same can be said of the above quoted statement made by Minister Favreau on November 20, 1964 which, incidentally, is part of a chapter entitled "The Formula Defended".

That some of the actors in the precedents had accepted the rule of unanimity is not doubted and was recognized by this Court in the majority opinion at p. 904 of the *First Reference*. But this is not enough. Other important actors declined to accept the unanimity rule, as indicated in the majority opinion at p. 902 of the *First Reference*.

The opinion expressed in the *First Reference* that there existed no conventional rule of unanimity should be re-affirmed.

VI—Whether Quebec has a conventional power of veto

It has already been indicated, with respect to the precedents which are said to establish the conventional rule of a power of veto for Quebec, that the appellant relied upon those which had been invoked by the majority opinion in the *First Reference*, at pp. 891 to 894.

The reason advanced by the appellant for the existence of a conventional rule of a power of veto for Quebec is the principle of duality, this principle being however understood in a special sense.

The expression "Canadian duality" is frequently used to refer to the two larger linguistic groups in Canada and to the constitutional protection afforded to the official languages by provisions such as s. 133 of the *Constitution Act, 1867* and s. 23 of the *Manitoba Act*, 1870.

Counsel for the appellant characterized this aspect of the Canadian duality as the "federal" aspect and recognized that the central government had a role to play in this respect within the framework of federal institutions as well as outside Quebec. But he also made it clear that what he meant by the principle of duality embraced much more than linguistic or cultural differences. What was meant by the principle of duality was what

d'un énoncé de la règle qui fasse autorité. On peut affirmer la même chose au sujet de la déclaration précitée que le ministre Favreau a faite le 20 novembre 1964 et qui, incidemment, fait partie d'un chapitre intitulé [TRADUCTION] «La formule préconisée».

Il ne fait aucun doute que certains des acteurs dans les précédents ont accepté la règle de l'unanimité ce que la Cour reconnaît d'ailleurs dans l'opinion majoritaire, à la p. 904 du *Premier renvoi*. Toutefois, cela ne suffit pas. D'autres acteurs importants ont refusé d'accepter la règle de l'unanimité, comme l'indique l'opinion majoritaire à la p. 902 du *Premier renvoi*.

Il convient de réitérer l'opinion exprimée dans le *Premier renvoi*, selon laquelle il n'existe aucune règle conventionnelle de l'unanimité.

VI—Le Québec a-t-il un droit de veto conventionnel?

On a déjà mentionné, au sujet des précédents qui établiraient la règle conventionnelle d'un droit de veto du Québec, que l'appelant s'est fondé sur ceux invoqués dans l'opinion majoritaire, aux pp. 891 à 894 du *Premier renvoi*.

Selon l'appelant, la raison d'être de la règle conventionnelle d'un droit de veto du Québec est le principe de la dualité pris, toutefois, dans un sens spécial.

L'expression «dualité canadienne» est fréquemment utilisée pour décrire les deux groupes linguistiques les plus importants au Canada et la protection constitutionnelle qu'assurent aux langues officielles des dispositions comme l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.

Le procureur de l'appelant a qualifié de volet «fédéral» cet aspect de la dualité canadienne et il a reconnu que le gouvernement central est appelé à jouer un rôle à cet égard tant au sein des institutions fédérales qu'à l'extérieur du Québec. Toutefois, il a également précisé que ce qu'il entend par principe de la dualité dépasse largement les seules différences linguistiques ou culturelles. Le principe de la dualité s'entend de ce que le procureur a

counsel called its "Quebec" aspect which he defined more precisely in his factum at pp. 8 and 16:

[TRANSLATION] In the context of this reference, the word "duality" covers all the circumstances that have contributed to making Quebec a distinct society, since the foundation of Canada and long before, and the range of guarantees that were made to Quebec in 1867, as a province which the Task Force on Canadian Unity has described as "the stronghold of the French-Canadian people" and the "living heart of the French presence in North America". These circumstances and these guarantees extend far beyond matters of language and culture alone: the protection of the British North America Act was extended to all aspects of Quebec society — language, certainly, but also the society's values, its law, religion, education, territory, natural resources, government and the sovereignty of its legislative assembly over everything which was at the time of a "local" nature.

. . .

In 1867, the French Canadian minority became a majority within the Quebec Legislature. This is what accounts for the special nature of this province, and it is the reason underlying the convention that the powers of its Legislature cannot be reduced without consent.

One finds another expression of the principle of duality understood in this sense in the preamble of the above quoted Decree No. 3367-81, dated December 9, 1981, the fourth paragraph of which states in concise terms:

[TRANSLATION]WHEREAS Quebec forms a distinct society within the Canadian federation;

Another more elaborate expression of the principle of duality understood in the special sense urged by counsel for the appellant is to be found in a resolution passed by the Quebec National Assembly on December 1, 1981, and more particularly in condition no. 1 of the Resolution:

[TRANSLATION] ... that the National Assembly of Quebec, having in mind the right of the people of Quebec to self-determination and exercising its historical right to be a party to and approve any change in the Constitution of Canada which might affect the rights and powers of Quebec, states that it cannot approve the proposal to patriate the constitution unless it includes the following conditions:

appelé le volet «québécois» qu'il définit plus précisément aux pp. 8 et 16 de son mémoire:

Dans le contexte du présent renvoi, l'expression «dualité» recouvre l'ensemble des réalités qui font que le Québec forme, depuis l'origine du pays et bien avant, une société distincte, ainsi que l'ensemble des garanties qui, en 1867, ont été reconnues au Québec, en tant que province que la Commission de l'unité canadienne qualifiait de «château fort du peuple canadien-français», de «phare de la présence française en Amérique du Nord». Ces réalités et ces garanties dépassent largement les seuls secteurs linguistiques et culturels: c'est la société québécoise toute entière qui s'est sentie protégée par l'Acte de l'Amérique britannique du Nord, protégée dans sa langue, certes, mais aussi dans ses valeurs, dans son droit, dans sa religion, dans son éducation, dans son territoire, dans ses richesses naturelles, dans son gouvernement, dans la souveraineté de son assemblée législative sur tout ce qui était, alors, d'intérêt «local».

. . .

En 1867, la minorité canadienne-française au Canada devient majorité au sein de la Législature du Québec. C'est ce qui fait la spécificité de cette province, et c'est la raison d'être de la convention interdisant que les compétences de sa Législature puissent être diminuées sans son consentement.

On trouve une autre expression du principe de la dualité pris en ce sens dans le préambule du décret nº 3367-81 précité, en date du 9 décembre 1981, dont le quatrième alinéa énonce en termes concis ce qui suit:

ATTENDU QUE le Québec forme une société distincte à l'intérieur de l'ensemble fédéral canadien;

Une autre expression plus élaborée du principe de la dualité pris au sens spécial préconisé par le procureur de l'appelant se trouve dans une résolution adoptée par l'Assemblée nationale du Québec le 1er décembre 1981, et plus particulièrement dans la première clause de cette résolution:

... que l'Assemblée nationale du Québec, rappelant le droit du peuple québécois à disposer de lui-même et exerçant son droit historique à être partie prenante et à consentir à tout changement dans la constitution du Canada qui pourrait affecter les droits et les pouvoirs du Québec, déclare qu'elle ne peut accepter le projet de rapatriement de la constitution sauf si celui-ci rencontre les conditions suivantes:

"1. It shall be recognized that the two founding people of Canada are fundamentally equal, and that within the Canadian federation Quebec forms a society distinct by its language, culture and institutions, one which possesses all the attributes of a distinct national community;

"2. The constitutional amending formula:

a) shall either preserve Quebec's right of veto, or

b) shall be the one approved in the constitutional agreement signed by Quebec on April 16, 1981, affirming the right of Quebec not to have imposed on it any change which would reduce its powers or rights, and if such a reduction were to take place, to be given reasonable compensation as a matter of right;

"3. . . .

"4. . . .

These then are the precedents and the reason for the rule, according to counsel for the appellant.

It will not be necessary in our view to look further into these matters because this submission must in any event be rejected, the appellant having failed completely to demonstrate compliance with the most important requirement for establishing a convention, that is, acceptance or recognition by the actors in the precedents.

We have been referred to an abundance of material, speeches made in the course of parliamentary debates, reports of royal commissions, opinions of historians, political scientists, constitutional experts which endorse in one way or another the principle of duality within the meaning assigned to it by the appellant, and there can be no doubt that many Canadian statesmen, politicians and experts favoured this principle.

But neither in his factum nor in oral argument did counsel for the appellant quote a single statement made by any representative of the federal authorities recognizing either explicitly or by necessary implication that Quebec had a conventional power of veto over certain types of constitutional amendments. The statement made by Minister Favreau on November 20, 1964, and the passage to be found at pp. 46 and 47 of the White Paper have been quoted twice in the appellant's factum, as if they supported the veto rule as well

«1. On devra reconnaître que les deux peuples qui ont fondé le Canada sont foncièrement égaux et que le Québec forme à l'intérieur de l'ensemble fédéral canadien une société distincte par la langue, la culture, les institutions et qui possède tous les attributs d'une communauté nationale distincte;

«2. Le mode d'amendement de la constitution:

a) ou bien devra maintenir au Québec son droit de veto,

b) ou bien sera celui qui a été convenu dans l'accord constitutionnel signé par le Québec le 16 avril 1981 et confirmant le droit du Québec de ne pas être assujetti à une modification qui diminuerait ses pouvoirs ou ses droits et de recevoir, le cas échéant, une compensation raisonnable et obligatoire;

«3. . . .

«4. . . .

Tels sont donc, selon le procureur de l'appelant, les précédents et la raison d'être de la règle.

A notre avis, il ne sera pas nécessaire d'approfondir ces points: cette thèse doit, de toute manière, être rejetée étant donné que l'appelant n'a absolument pas réussi à faire la preuve que la condition la plus importante pour établir une convention a été remplie, savoir l'acceptation ou la reconnaissance par les acteurs dans les précédents.

On nous a mentionné un grand nombre de documents, de discours faits au cours des débats parlementaires, de rapports de commissions royales, d'opinions d'historiens, d'experts en sciences politiques et de constitutionnalistes qui souscrivent d'une façon ou d'une autre au principe de la dualité pris au sens que lui donne l'appelant et il ne fait aucun doute qu'un bon nombre d'hommes d'Etat, de politiciens et d'experts canadiens appuient ce principe.

Toutefois, que ce soit dans son mémoire ou dans sa plaidoirie, le procureur de l'appelant n'a cité aucune déclaration d'un représentant des autorités fédérales reconnaissant au Québec, expressément ou par inférence, un droit de veto conventionnel sur certains types de modifications constitutionnelles. La déclaration faite par le ministre Favreau le 20 novembre 1964 et le passage qui se trouve à la p. 48 du Livre blanc sont cités à deux reprises dans le mémoire de l'appelant, comme s'ils appuyaient un tel droit de veto tout autant que la règle de

as the unanimity one, but they refer only to unanimity and have been above dealt with in this respect.

Furthermore, a convention such as the one now asserted by Quebec would have to be recognized by other provinces. We have not been referred to and we are not aware of any statement by the actors in any of the other provinces acknowledging such a convention. Not only have we not been given any evidence of the acquiescence of other provinces but in the *First Reference*, three of them, Manitoba, Prince Edward Island and Alberta, explicitly pleaded in favour of the unanimity rule in their factums, a position compatible only with the principle of equality among the provinces and incompatible with a special power of veto for Quebec. It should also be noted that in the *First Reference*, Ontario and New Brunswick had taken the position that the constitutional amending process was not regulated by conventions involving the provinces.

In order to make up for these fundamental flaws in his submission, counsel for the appellant argued as follows in his factum:

[TRANSLATION] In the opinion of the Attorney General, custom and a reason suffice by themselves to establish the normative nature of the rule.

Counsel for the appellant also referred to Sir Ivor Jennings' test, adopted by this Court in the *First Reference*, and more particularly to the last part of this test:

A single precedent with a good reason may be enough to establish the rule. A whole string of precedents without such a reason will be of no avail, unless it is perfectly certain that the persons concerned regarded them as bound by it.

As we understand it, the contention was that recognition by the actors in the precedents is not an absolutely essential requirement for establishing a convention and that the last part of Jennings' test is an authority for that proposition.

This contention is based on two sentences taken out of context and is an over-simplified and

l'unanimité. Toutefois, ils n'ont trait qu'à l'unanimité et c'est à ce titre qu'ils ont été analysés ci-dessus.

En outre, une convention comme celle que revendique maintenant le Québec devrait être reconnue par les autres provinces. On ne nous a mentionné aucune déclaration dans laquelle les acteurs des autres provinces reconnaissent l'existence d'une telle convention et nous n'en connaissons aucune. Non seulement ne nous a-t-on pas fait la preuve de l'assentiment d'autres provinces, mais encore, dans le *Premier renvoi*, trois d'entre elles, le Manitoba, l'Ile-du-Prince-Edouard et l'Alberta, ont expressément appuyé la règle de l'unanimité dans leurs mémoires respectifs, position qui n'est conciliable qu'avec le principe de l'égalité des provinces et non avec un droit de veto spécial du Québec. Il importe également de rappeler que, lors du *Premier renvoi*, la position adoptée par l'Ontario et le Nouveau-Brunswick voulait que le processus de modification constitutionnelle n'était pas régi par des conventions qui impliquaient les provinces.

Afin de remédier à ces lacunes fondamentales de sa thèse, le procureur de l'appelant a soutenu, dans son mémoire, ce qui suit:

Même seuls, l'usage et la raison d'être suffiraient, de l'avis du Procureur général, pour conclure au caractère normatif de la règle.

Le procureur de l'appelant a aussi mentionné le critère de sir Ivor Jennings, adopté par cette Cour dans le *Premier renvoi*, et plus particulièrement la dernière partie de ce critère:

[TRADUCTION] Un seul précédent avec une bonne raison peut suffire à établir la règle. Toute une série de précédents sans raison peut ne servir à rien à moins qu'il ne soit parfaitement certain que les personnes visées se considèrent ainsi liées.

Si nous comprenons bien, cet argument porte que la reconnaissance par les acteurs dans les précédents n'est pas une condition absolument essentielle pour établir une convention et que la dernière partie du critère de Jennings peut être invoquée à l'appui de cette thèse.

Cet argument repose sur deux phrases citées hors contexte et constitue une interprétation par

erroneous view of Jennings' test. In these two sentences, Jennings is merely expanding on what he said in the sentence immediately preceding them about the three requirements and illustrating the interrelation between them. He is not doing away with the requirement that the actors in the precedents believe that they were bound by a rule. Indeed Jennings insists in several passages of his book, *The Law and the Constitution*, that recognition or acquiescence is an essential ingredient of constitutional conventions. Thus he writes, at p. 81:

"Convention" implies some form of agreement, whether expressed or implied . . .

And at page 117:

The conventions are like most fundamental rules of any constitution in that they rest essentially upon general acquiescence.

And at page 135:

. . . if the authority itself and those connected with it believe that they ought to do so, then the convention does exist. This is the ordinary rule applied to customary law. Practice alone is not enough. It must be normative.

In the *First Reference*, at pp. 852, 857 and 883, these views were approved by all the members of this Court who adopted the definition of convention given by Freedman, C.J.M. in the Manitoba Reference, including, at p. 883, the following quotation of Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), at p. 9:

a convention is a rule which is regarded as obligatory by the officials to whom it applies.

Recognition by the actors in the precedents is not only an essential element of conventions. In our opinion, it is the most important element since it is the normative one, the formal one which enables us unmistakably to distinguish a constitutional rule from a rule of convenience or from political expediency.

Counsel for the appellant also contended in reply that recognition by the actors in the precedents need not be explicit, and this contention appears to be supported by the following statement of Jennings already quoted above:

trop simplifiée et erronée du critère de Jennings. Dans ces deux phrases, Jennings ne fait qu'expliquer ce qu'il a dit dans la phrase qui les précède immédiatement au sujet des trois conditions à remplir, et illustrer leur interdépendance. Il n'écarte pas la condition voulant que les acteurs dans les précédents se considèrent liés par une règle. En fait, Jennings souligne à maintes reprises, dans son ouvrage intitulé *The Law and the Constitution*, que la reconnaissance ou l'assentiment est un élément essentiel des conventions constitutionnelles. Ainsi, il écrit, à la p. 81:

[TRADUCTION] «Convention» sous-entend une forme d'accord exprès ou implicite . . .

A la page 117:

[TRADUCTION] Les conventions se comparent aux règles les plus fondamentales de toute constitution en ce qu'elles reposent essentiellement sur l'assentiment général.

Enfin, à la page 135:

[TRADUCTION] . . . si les autorités elles-mêmes et ceux qui y sont associés croient qu'ils se doivent d'agir ainsi, alors la convention existe. C'est la règle habituelle qui s'applique en droit coutumier. La seule pratique ne suffit pas. Elle doit être normative.

Aux pages 852, 857 et 883 du *Premier renvoi*, ce point de vue est approuvé par tous les membres de la Cour qui ont adopté la définition du terme convention donnée par le juge en chef Freedman du Manitoba, y compris, à la p. 883, la citation suivante de Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), à la p. 9:

[TRADUCTION] une convention est une règle que ceux à qui elle s'applique considèrent comme obligatoire.

La reconnaissance par les acteurs dans les précédents n'est pas seulement un élément essentiel des conventions. C'est, à notre avis, l'élément normatif et donc, le plus important, l'élément formel qui permet de faire avec certitude la distinction entre une règle constitutionnelle et une règle de convenance ou une ligne de conduite jugée opportune sur le plan politique.

Le procureur de l'appelant a également plaidé, en réplique, que la reconnaissance par les acteurs dans les précédents n'a pas à être explicite, argument que semble appuyer le passage déjà cité de Jennings:

"Convention" implies some form of agreement, whether expressed or implied . . .

Again, Jennings' assertion must be qualified. Some conventions have been formulated in writing, for instance in the Reports of Imperial Conferences or in the preamble of the *Statute of Westminster, 1931*. Such conventions can be said to have been expressly agreed upon in authoritative or official form.

The majority of constitutional conventions however have not so been reduced to writing. Does this mean that they are based on implied agreements strictly so-called in that they have never been the object of any form of utterance? We do not think so.

Conventions are commonly asserted or claimed by some political actors in more or less informal statements, while the other actors similarly acknowledge them in principle if not always in their application to particular facts. Conventions are analysed, dissected, commented upon and sometimes criticized albeit not to the point of rejection. But, in our view, a convention could not have remained wholly inarticulate, except perhaps at the inchoate stage when it has not yet been accepted as a binding rule. We know of no example of a convention being born while remaining completely unspoken, and none was cited to us. It seems to us that the contention of appellant's counsel to the effect that conventions need not be explicitly accepted is impossible to distinguish in practice from a denial of the requirement of acceptance by the actors in the precedents. It is precisely through reported statements by numerous actors that a convention could be identified in the *First Reference*. Such statements provide the only true test of recognition and, once again, unmistakably to distinguish a constitutional rule from a rule of convenience or from political expediency.

In our view, the Quebec Court of Appeal was correct in holding that the appellant had failed to establish that Quebec had a conventional power of

[TRADUCTION] «Convention» sous-entend une forme d'accord exprès ou implicite . . .

Encore une fois, l'affirmation de Jennings doit être tempérée. Certaines conventions ont été formulées par écrit, notamment dans les rapports des conférences impériales ou dans le préambule du *Statut de Westminster, 1931*. On peut dire que ces conventions ont fait l'objet d'un accord explicite consigné dans un texte officiel et qui fait autorité.

Toutefois, la plupart des conventions constitutionnelles n'ont pas été ainsi consignées par écrit. Est-ce à dire qu'elles se fondent sur des accords tacites, strictement qualifiés de la sorte en ce sens qu'ils n'ont jamais été exprimés d'une manière quelconque? Nous ne le croyons pas.

Les conventions sont couramment invoquées par certains acteurs politiques dans des déclarations plus ou moins officieuses, tandis que les autres acteurs les reconnaissent également en principe, sinon toujours, lorsqu'il s'agit de les appliquer à des faits précis. Les conventions sont analysées, disséquées, expliquées et parfois critiquées mais pas au point de les rejeter. Nous estimons toutefois qu'une convention ne peut demeurer entièrement inexprimée, sauf peut-être à l'étape de sa gestation avant qu'elle ne soit acceptée comme règle obligatoire. Nous ne connaissons aucun exemple d'une convention qui soit ainsi née sans jamais avoir été exprimée et aucun ne nous a été cité. Il nous semble impossible en pratique de distinguer l'argument du procureur de l'appelant, selon lequel les conventions n'ont pas à être acceptées expressément, d'un déni de la nécessité de l'acceptation par les acteurs dans les précédents. C'est précisément grâce aux déclarations connues de nombreux acteurs qu'il a été possible dans le *Premier renvoi* d'affirmer l'existence d'une convention. De telles déclarations fournissent le seul critère sûr permettant d'établir la reconnaissance et, encore une fois, de faire avec certitude la distinction entre une règle constitutionnelle et une règle de convenance ou une ligne de conduite jugée opportune sur le plan politique.

A notre avis, la Cour d'appel du Québec a eu raison de conclure que l'appelant n'a pas établi que le Québec possède un droit de veto conventionnel

veto over constitutional amendments such as those in issue in the present Reference.

VII—Conclusion

For these reasons, we would answer "No" to the constitutional question, and we would dismiss the appeal. There should be no order as to costs.

*The answer to the question submitted is "No". The appeal should be dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Jean-K. Samson, Lucien Bouchard and Paul-Arthur Gendreau, Sainte-Foy.*

*Solicitors for the respondent: Raynold Langlois and Michel Robert, Montreal.*

*Solicitors for the intervener the Association canadienne-française de l'Ontario: De Grandpré, Colas & Associés, Montreal.*

*Solicitors for the intervener The Grand Council of the Crees (of Quebec): O'Reilly & Grodinsky, Montreal.*

sur les modifications constitutionnelles comme celles en cause dans le présent renvoi.

VII—Conclusion

Pour ces motifs, nous sommes d'avis de répondre «non» à la question constitutionnelle et de rejeter le pourvoi. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

*La réponse à la question soumise est «non». Le pourvoi est rejeté.*

*Procureurs de l'appelant: Jean-K. Samson, Lucien Bouchard et Paul-Arthur Gendreau, Sainte-Foy.*

*Procureurs de l'intimé: Raynold Langlois et Michel Robert, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne-française de l'Ontario: De Grandpré, Colas & Associés, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant The Grand Council of the Crees (du Québec): O'Reilly & Grodinsky, Montréal.*

**Anthony Graat** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

File No.: 16189.

1982: October 12; 1982: December 21.

Present: Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Evidence — Opinion evidence — Non-expert witnesses — Impaired driving — Degree of intoxication — Whether police officers and other witnesses opinions as to impairment of accused admissible — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, s. 234.*

The trial judge accepted the opinion evidence of two police officers that the appellant's ability to drive had been impaired by alcohol and convicted him under s. 234 of the *Criminal Code*. Appellant's appeals to the County Court and the Court of Appeal were dismissed. This appeal is to determine whether a court may admit opinion evidence on the question to be decided—here, whether the appellant's ability to drive had been impaired by alcohol.

*Held*: The appeal should be dismissed.

The question whether a person's ability to drive was impaired by alcohol is one of fact, not of law, and non-expert witnesses may give evidence as to the degree of a person's impairment. The guidance of an expert is unnecessary. The value of opinion will depend on the view the court takes in all the circumstances. The judges, however, should not consider the opinion of police officers in a preferential way merely because they may have extensive experience with impaired drivers. Here, the non-expert evidence was correctly admitted. The witnesses all had an opportunity for personal observations. They were not deciding a matter for the court to decide as the weight of the evidence is entirely a matter for the judge who could accept all or part or none of their evidence.

*Wright v. Tatham* (1838), 4 Bing. N.C. 489; *R. v. German* (1947), 89 C.C.C. 90; *R. v. Marks*, [1952] O.W.N. 608; *R. v. Zarins* (1959), 125 C.C.C. 375; *R. v. Beauvais*, [1965] 3 C.C.C. 281; *R. v. Pollock* (1947), 90

**Anthony Graat** *Appelant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

N° du greffe: 16189.

1982: 12 octobre; 1982: 21 décembre.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Preuve — Témoignage d'opinion — Témoins ordinaires — Conduite avec facultés affaiblies — Degré d'ébriété — L'opinion des témoins policiers et des autres témoins sur l'affaiblissement des facultés de l'accusé est-elle recevable? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 234.*

Le juge du procès a cru le témoignage d'opinion de deux agents de police selon lequel la capacité de conduire de l'appelant était affaiblie par l'alcool et l'a déclaré coupable aux termes de l'art. 234 du *Code criminel*. Les appels de l'appelant à la Cour de comté et à la Cour d'appel ont été rejetés. Le présent pourvoi soulève la question de savoir si la Cour peut recevoir un témoignage d'opinion sur la question à trancher—en l'espèce, savoir si la capacité de conduite de l'appelant était affaiblie par l'effet de l'alcool.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

La question de savoir si la capacité de conduire d'une personne est affaiblie par l'effet de l'alcool est une question de fait et non une question de droit et un témoin ordinaire peut témoigner quant au degré d'incapacité d'une personne. L'aide d'un expert est superflue. La valeur probante de l'opinion donnée dépend de la façon dont la cour juge l'ensemble des circonstances. Les juges ne doivent cependant pas accorder un traitement spécial à l'opinion des agents de police parce qu'ils peuvent avoir une grande expérience des conducteurs aux facultés affaiblies. En l'espèce, les dépositions de non-experts ont été reçues à bon droit. Les témoins avaient tous eu l'occasion d'observer les faits par eux-mêmes. Ils ne décidaient pas une question relevant de la cour puisque la valeur probante des témoignages relève complètement du juge qui peut ajouter foi à la totalité ou à une partie des témoignages ou les rejeter.

Jurisprudence: *Wright v. Tatham* (1838), 4 Bing. N.C. 489; *R. v. German* (1947), 89 C.C.C. 90; *R. v. Marks*, [1952] O.W.N. 608; *R. v. Zarins* (1959), 125 C.C.C. 375; *R. v. Beauvais*, [1965] 3 C.C.C. 281; *R. v.*

C.C.C. 171; *R. v. Cox* (1948), 93 C.C.C. 32; *Giddings v. The King* (1947), 89 C.C.C. 346; *R. v. Smith* (1948), 17 Fortnightly L.J. 241; *Grimsteit v. McDonald* (1950), 96 C.C.C. 272; *R. v. MacDonald* (1966), 9 Crim. L.Q. 239; *R. v. Davies*, [1962] 1 W.L.R. 1111 (U.K.); *R. v. Neil*, [1962] Crim. L.R. 698; *A.G. (Ruddy) v. Kenny* (1959), 94 I.T.L.R. 185; *Sherrard v. Jacob*, [1965] N.I.L.R. 151; *Burrows v. Hanlin*, [1930] S.A.S.R. 54; *R. v. Spooner*, [1957] V.R. 540; *R. v. Kelly*, [1958] V.R. 412; *Blackie v. Police*, [1966] N.Z.L.R. 910, referred to.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1980), 116 D.L.R. (3d) 143, 55 C.C.C. (2d) 429, 30 O.R. (2d) 247, 45 N.R. 474, 17 C.R. (3d) 55, 7 M.V.R. 163, dismissing appellant's appeal from a conviction for impaired driving. Appeal dismissed.

*Edward L. Greenspan, Q.C.*, for the appellant.

*Douglas C. Hunt*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—This appeal raises the issue whether on a charge of driving while impaired the Court may admit opinion evidence on the very question to be decided, namely, was the accused's ability to drive impaired by alcohol at the time and place stated in the charge.

I

The Procedural History

The appellant, Anthony Graat, was charged on August 10, 1978 at the City of London, County of Middlesex, while his ability to drive a motor vehicle was impaired by alcohol, he did drive a motor vehicle, contrary to s. 234 of the *Criminal Code*. He was tried, convicted, and sentenced to a fine of $300 or, in default, imprisonment for 30 days. An appeal to the County Court was dismissed. Leave to appeal to the Court of Appeal of Ontario was granted but the appeal was dismissed. The matter is now, by leave, before this Court.

*Pollock* (1947), 90 C.C.C. 171; *R. v. Cox* (1948), 93 C.C.C. 32; *Giddings v. The King* (1947), 89 C.C.C. 346; *R. v. Smith* (1948), 17 Fortnightly L.J. 241; *Grimsteit v. McDonald* (1950), 96 C.C.C. 272; *R. v. MacDonald* (1966), 9 Crim. L.Q. 239; *R. v. Davies*, [1962] 1 W.L.R. 1111 (R.-U.); *R. v. Neil*, [1962] Crim. L.R. 698; *A.G. (Ruddy) v. Kenny* (1959), 94 I.T.L.R. 185; *Sherrard v. Jacob*, [1965] N.I.L.R. 151; *Burrows v. Hanlin*, [1930] S.A.S.R. 54; *R. v. Spooner*, [1957] V.R. 540; *R. v. Kelly*, [1958] V.R. 412; *Blackie v. Police*, [1966] N.Z.L.R. 910.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1980), 116 D.L.R. (3d) 143, 55 C.C.C. (2d) 429, 30 O.R. (2d) 247, 45 N.R. 474, 17 C.R. (3d) 55, 7 M.V.R. 163, qui a rejeté l'appel de l'appelant à l'encontre d'une déclaration de culpabilité d'avoir conduit avec des facultés affaiblies. Pourvoi rejeté.

*Edward L. Greenspan, c.r.*, pour l'appelant.

*Douglas C. Hunt*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—Le présent pourvoi soulève la question de savoir si, relativement à une accusation d'avoir conduit avec des facultés affaiblies, la Cour peut recevoir un témoignage d'opinion sur la question même à trancher, c.-à-d. la capacité de l'accusé de conduire était-elle affaiblie par l'effet de l'alcool au moment et à l'endroit mentionnés dans l'acte d'accusation?

I

La procédure

L'appelant, Anthony Graat, a été accusé, le 10 août 1978, à London, comté de Middlesex, d'avoir conduit un véhicule à moteur, en contravention de l'art. 234 du *Code criminel*, alors que sa capacité de conduire un véhicule à moteur était affaiblie par l'alcool. Il a subi son procès, a été déclaré coupable et condamné à une amende de $300 ou, faute de payer l'amende, à un emprisonnement de 30 jours. Un appel interjeté à la Cour de comté a été rejeté. La Cour d'appel de l'Ontario a accordé l'autorisation d'interjeter appel, mais a rejeté l'appel. L'affaire est maintenant soumise à cette Cour avec son autorisation.

II

The Facts

At approximately 2:15 a.m. on the date in question, Constables Case and McMullen of the London City Police observed Mr. Graat's vehicle travelling at a high rate of speed. The constables followed for several blocks. They observed Mr. Graat's car weaving in the southbound lane, crossing the centre line on two occasions and driving onto the shoulder of the road on another occasion. When the vehicle turned left it straddled the centre line.

Both constables testified they noticed the smell of alcohol on the appellant's breath; both said Mr. Graat was unsteady on his feet, he staggered as he walked, and had bloodshot eyes.

At the police station Mr. Graat was observed by a Sergeant Spoelstra. The sergeant testified he smelled alcohol on the appellant's breath, the top part of his body was swaying, and his walk was "kind of wavy".

Mr. Graat complained of chest pains. He told the police he suffered from a heart condition and asked to be taken to a hospital. The police complied. By the time Mr. Graat returned to the police station it was too late to take two breath samples because the two-hour time limit for the taking of such samples had expired or was about to expire.

Mr. Graat testified he had had two drinks of gin between the hours of 3:00 p.m. and 7:00 p.m., and two glasses of wine with his dinner about 11:00 p.m. He said he and two friends, George Wilson and Vincent O'Donovan, were returning from a sailing party; he became tired. Wilson drove the car while he dozed in the back seat. The appellant resumed driving after Wilson had driven O'Donovan and himself home. Wilson testified that if he had thought Mr. Graat was not in a fit condition to drive he would have asked him to stay at his, Wilson's, house.

At trial Constable Case was asked the following questions and gave the following answers:

II

Les faits

Vers 2 h 15 du matin, le jour en cause, les agents Case et McMullen, de la police de la ville de London, ont remarqué la voiture de M. Graat qui circulait à grande vitesse. Les agents l'ont suivie sur une bonne distance. Ils ont constaté que la voiture de M. Graat zigzaguait dans la voie de circulation sud, qu'elle a traversé la ligne médiane à deux reprises et qu'à un moment donné elle circulait sur l'accotement. Au moment de tourner à gauche, le véhicule enjambait la ligne médiane.

Les deux agents ont déposé qu'ils avaient constaté que l'haleine de l'appelant sentait l'alcool, ils ont tous deux affirmé que M. Graat chancelait et marchait en titubant et qu'il avait les yeux injectés de sang.

Au poste de police, le sergent Spoelstra a observé M. Graat. Le sergent a témoigné que l'haleine de l'appelant sentait l'alcool, que le haut de son corps vacillait et que sa démarche était en quelque sorte instable.

M. Graat s'est plaint de douleurs à la poitrine. Il a informé les policiers qu'il souffrait de troubles cardiaques et a demandé à être conduit à l'hôpital. Les policiers ont accédé à sa demande. Quand M. Graat est revenu au poste de police, il était trop tard pour prélever deux échantillons d'haleine parce que le délai de deux heures pendant lequel il faut prélever ces échantillons était écoulé ou sur le point de l'être.

M. Graat a témoigné qu'il avait consommé deux gins entre 15 h et 19 h et deux verres de vin au souper, vers 23 h. Il a raconté qu'avec deux amis, George Wilson et Vincent O'Donovan, ils revenaient d'une excursion de voile; il était fatigué. Wilson a conduit la voiture pendant que lui somnolait sur le siège arrière. L'appelant a repris le volant après que Wilson est rentré chez lui, ayant reconduit O'Donovan. Wilson a déposé que s'il avait pensé que M. Graat n'était pas en état de conduire, il l'aurait invité à passer la nuit chez lui.

Au procès, l'agent Case a donné les réponses qui suivent aux questions suivantes:

Q. All right, now what, if any, opinion having made those observations, what if any opinion did you form regarding the accused man's ability to drive a motor vehicle?

A. I formed the opinion that the accused's ability was impaired.

Q. By?

A. By alcohol.

Q. You said the accused man's ability to what?

A. To drive a motor vehicle was impaired by alcohol.

Constable McMullen was asked the following question:

Q. Now officer when you were at the scene and having made the observations of the driving of the accused man, having observed him, having smelled the alcoholic beverage on his breath and observed him walk and observed him standing, observed him speaking to you what, if any, conclusion did you come to regarding his ability to drive a motor vehicle?

A. It was in my opinion that the accused's ability to operate a motor vehicle was impaired by alcohol beverage.

Sergeant Spoelstra, the desk sergeant, gave similar evidence:

Q. ... You saw him standing and you saw him walking. What, if any opinion, did you form regarding his ability to drive a motor vehcile?

A. In my opinion the accused's ability was impaired by the use of alcohol to drive a motor vehicle.

No objection was taken at trial to the admission of any of this evidence. Indeed, at the conclusion of the examination in chief of Sergeant Spoelstra, the following exchange took place:

MR. ALLAN: [Crown Counsel]

Your witness.

Q. Oh, wait a minute, what if any opinion, did you form regarding his ability to drive a motor vehicle from what you saw?

A. From what I saw.

THE COURT:

Just one moment, please. This man's a desk sergeant, he's not the man in the field, so to speak. Do you say I should permit him to give his opinion?

[TRADUCTION] Q. Très bien, si vous aviez une opinion, après avoir fait ces observations, à quelle opinion étiez-vous arrivé quant à la capacité de l'accusé de conduire un véhicule à moteur?

R. J'étais d'opinion que la capacité de l'accusé était affaiblie.

Q. Par?

R. Par l'alcool.

Q. Vous avez dit la capacité de l'accusé de quoi?

R. De conduire un véhicule à moteur était affaiblie par l'alcool.

L'agent McMullen a répondu à la question suivante:

[TRADUCTION] Q. Maintenant, constable, alors que vous étiez sur les lieux et après avoir observé la façon de conduire de l'accusé, l'avoir observé, avoir constaté que son haleine sentait l'alcool et l'avoir vu marcher et se tenir debout, après l'avoir vu parler, à quelle conclusion en êtes-vous venu quant à sa capacité de conduire un véhicule à moteur?

R. A mon avis la capacité de l'accusé de conduire un véhicule à moteur était affaiblie par l'alcool.

Le sergent Spoelstra, qui était de service, a témoigné dans le même sens:

[TRADUCTION] Q. ... vous l'avez vu debout et l'avez vu marcher. A quelle conclusion en êtes-vous venu quant à sa capacité de conduire un véhicule à moteur?

R. A mon avis, la capacité de l'accusé de conduire un véhicule à moteur était affaiblie par l'usage d'alcool.

Il n'y a pas eu d'opposition, au moment du procès, à la réception d'aucun de ces témoignages. En réalité, l'interrogatoire principal du sergent Spoelstra s'est terminé de la façon suivante:

[TRADUCTION] Me ALLAN: [substitut du procureur]

Votre témoin.

Q. Oh, un instant, à quelle conclusion en êtes-vous venu quant à sa capacité de conduire un véhicule à moteur d'après ce que vous avez vu?

R. D'après ce que j'ai vu?

LE TRIBUNAL:

Juste un instant s'il vous plaît. C'est le sergent de service, il n'est pas celui qui se trouve sur les lieux, pour ainsi dire. Prétendez-vous que je devrais lui permettre d'énoncer son opinion?

MR. ALLAN:

Your Honour, with respect, even if he didn't see the accused man driving, if the sergeant . . .

MR. SILVER: [then counsel for the defence]

I can save time, Your Honour, I'm quite content with it.

THE COURT:

Thank you. Proceed.

I do not think failure on the part of defence counsel to object to the admission of inadmissible evidence should, in the circumstances of this case, stand in the way of directing a new trial if such evidence is held to be inadmissible.

The trial judge preferred the evidence of the police witnesses to the evidence of Mr. Graat and Mr. Wilson. In particular, the judge relied on the evidence of Constable McMullen and Sergeant Spoelstra, policemen for 8 and 17 years respectively. Constable Case had only been a police officer for a few months, and had only charged two or three persons with impaired driving. The judge said he accepted the opinions of officers McMullen and Spoelstra in reaching his conclusion that the accused's ability to drive was impaired:

I'm of the view that I'm entitled to accept and I do accept the opinions of those two police officers on the issue of impairment as part of the totality of the evidence.

On the appeal to the County Court, Judge McNab concluded there was direct evidence upon which the trial judge was justified in making a finding that the ability of the appellant to drive was impaired.

III

The Ontario Court of Appeal

The appellant sought leave to appeal to the Court of Appeal of Ontario and at that time the question was raised as to whether the trial judge had erred in law in relying on the opinion evidence of the two police officers that the appellant's ability to drive a motor vehicle had been impaired by alcohol.

Me ALLAN:

Votre Honneur, avec égards, même s'il n'a pas vu l'accusé conduire, si le sergent . . .

Me SILVER: [alors avocat de la défense]

Je puis vous faire gagner du temps, Votre Honneur, je n'ai aucune objection.

LE TRIBUNAL:

Merci. Continuez.

A mon avis, ce n'est pas parce que l'avocat de la défense a omis de s'opposer à la réception de témoignages irrecevables que, dans les circonstances de l'espèce, cela devrait empêcher d'ordonner un nouveau procès si ces témoignages sont jugés irrecevables.

Le juge du procès a plutôt ajouté foi au témoignage des policiers qu'à ceux de MM. Graat et Wilson. Plus particulièrement, le juge a accepté les témoignages de l'agent McMullen et du sergent Spoelstra, qui sont policiers depuis 8 et 17 ans respectivement. L'agent Case n'était policier que depuis quelques mois et n'avait inculpé que deux ou trois personnes de conduite avec facultés affaiblies. Le juge déclare qu'il a accepté l'opinion des agents McMullen et Spoelstra pour conclure que la capacité de conduire de l'accusé était affaiblie:

[TRADUCTION] J'estime que j'ai le droit d'accepter et j'accepte effectivement l'opinion de ces deux agents de police sur la question des facultés affaiblies en tant que partie de l'ensemble de la preuve.

En appel à la Cour de comté, le juge McNab a conclu qu'il y avait des éléments de preuve directs qui permettaient au juge du procès de conclure que la capacité de conduire de l'appelant était affaiblie.

III

En Cour d'appel de l'Ontario

L'appelant a demandé l'autorisation d'interjeter appel à la Cour d'appel de l'Ontario et a alors soulevé la question de savoir si le juge du procès avait commis une erreur de droit en acceptant le témoignage d'opinion des agents de police selon lequel la capacité de l'appelant de conduire un véhicule à moteur était affaiblie par l'alcool.

The Court dismissed the appeal, saying that the evidence was admissible under the exception to the rule excluding opinion evidence:

> ... that permits non-expert opinion evidence where the primary facts and the inferences to be drawn from them are so closely associated that the opinion is really a compendious way of giving evidence as to certain facts—in this case the condition of the appellant.

This echoes the words of Parke B. in *Wright v. Tatham* (1838), 4 Bing. N.C. 489 (at pp. 543-44):

> ... and though the opinion of a witness upon oath, as to that fact [testamentary capacity], might be asked, it would only be a compendious mode of ascertaining the result of the actual observation of the witness, from acts done, as to the habits and demeanour of the deceased.

On behalf of the Court of Appeal Chief Justice Howland delivered a lengthy, scholarly, judgment exhaustively reviewing academic opinion and case law relating to the exclusion of opinion evidence. He began with a passage from *Cross on Evidence*, 5th ed., 1979, at p. 442:

> In the law of evidence 'opinion' means any inference from observed facts, and the law on the subject derives from the general rule that witnesses must speak only to that which was directly observed by them. The treatment of evidence of opinion by English law is based on the assumption that it is possible to draw a sharp distinction between inferences and the facts on which they are based. The drawing of inferences is said to be the function of the judge or jury, while it is the business of a witness to state facts.

The Chief Justice then spoke of two categories of opinion evidence that has traditionally been admissible: (i) cases calling for expert testimony in matters requiring specialized skill and knowledge, the only questions being whether the subject matter called for expertise and whether the witness was a qualified expert; (ii) non-expert opinion on matters requiring no special knowledge, where it is virtually impossible to separate the witness' inference from the facts on which the inference is based. In the opinion of the Chief Justice, the admission of opinion evidence in the latter circum-

La Cour a rejeté l'appel, statuant que les témoignages étaient recevables en vertu de l'exception à la règle qui exclut les témoignages d'opinion:

> [TRADUCTION] ... qui autorise le témoignage d'opinion d'un témoin non expert si les faits fondamentaux et la conclusion qu'il faut en tirer sont si intimement liés qu'en réalité l'opinion n'est qu'une façon concise de témoigner de certains faits—soit, en l'espèce, l'état de l'appelant.

Cela rappelle l'observation du baron Parke dans *Wright v. Tatham* (1838), 4 Bing. N.C. 489 (aux pp. 543 et 544):

> [TRADUCTION] ... et bien qu'on puisse demander à un témoin sous serment son opinion sur ce fait [de la capacité de tester], ce ne serait qu'une manière concise de vérifier le résultat de l'observation, faite personnellement par le témoin, des habitudes et de la conduite du défunt d'après ses actes.

En Cour d'appel, le juge en chef Howland a rédigé les motifs élaborés et fouillés qui étudient de façon exhaustive la doctrine et la jurisprudence relatives à l'exclusion du témoignage d'opinion. Il commence par un extrait de *Cross on Evidence*, 5e éd., 1979, à la p. 442:

> [TRADUCTION] Dans le droit de la preuve, «opinion» signifie une inférence tirée de faits observés et le droit à ce sujet découle de la règle générale selon laquelle les témoins ne doivent parler que de ce qu'ils ont eux-mêmes directement observé. La façon dont le droit anglais aborde le témoignage d'opinion se fonde sur l'hypothèse qu'il est possible d'établir une distinction précise entre les inférences et les faits sur lesquels elles s'appuient. Il appartient, dit-on, au juge ou au jury de tirer des inférences, tandis qu'il appartient au témoin d'énoncer les faits.

Le Juge en chef traite ensuite de deux catégories de témoignages d'opinion qui ont été traditionnellement considérées comme recevables: (i) les affaires qui exigent le témoignage d'experts sur des questions relevant de compétence et de connaissances spécialisées; la seule question pertinente étant alors de savoir si l'objet de la cause exige une expertise et si le témoin est un expert compétent; (ii) l'opinion de personnes non expertes sur des questions qui n'exigent pas de connaissances spéciales, où il est à peu près impossible de séparer les inférences du témoin des faits sur lesquels elles se

stance is merely a compendious way of ascertaining the result of the witness' observations.

After canvassing the case law in this country and a number of other countries, Chief Justice Howland summed up in the following passage:

In my opinion, impairment is a degree of drunkenness. It is a compendious way of describing a condition based on observed facts. It does not require the evidence of a doctor or other expert, nor should it be limited to persons who themselves drive cars. It is a subject about which most people should be able to express an opinion from their ordinary day-to-day experience of life. To testify that a person is impaired is really tantamount to saying "I don't think that he should have been driving". In each case the opinion must be based on the observed facts: the car was weaving back and forth across the road, there was a strong odour of alcohol on the driver's breath, his powers of perception and coordination were poor, he was drowsy and was not reacting quickly to other cars or pedestrians in the path of his car, and so on. To exclude such non-expert evidence of witnesses who were passengers in the car of the accused or of other cars in the vicinity or who were pedestrians may result in an injustice to the accused and may at the same time impede the police in the prosecution of impaired drivers. Such evidence should be admissible. The weight to be given to such inferential testimony will vary from witness to witness, depending on the observed facts on which it is based.

The learned Chief Justice rejected the "ultimate issue" doctrine, *i.e.* that an opinion can never be received when it touches the very issue before the jury. He also noted that opinion evidence is properly rejected when it involves a legal component, such as the question of whether a person had acted negligently.

The judgment concludes:

In my opinion the trial judge did not err in admitting as non-expert testimony the opinion evidence of the police officers as to impairment, and in relying on it as part of the totality of the evidence. Having reached this conclusion, it is not necessary to consider whether the police officers could have qualified as experts and what evidence would have been necessary for this purpose.

fondent. De l'avis du Juge en chef, la réception de témoignages d'opinion dans ce dernier cas n'est qu'une façon concise de vérifier le résultat des observations du témoin.

Après avoir examiné la jurisprudence d'ici et de plusieurs autres pays, le juge en chef Howland conclut en ces termes:

[TRADUCTION] A mon avis, l'affaiblissement des facultés est une phase de l'ivresse. C'est une façon concise de décrire un état, d'après l'observation de certains faits. Il n'exige pas le témoignage d'un médecin ou de quelque autre expert, ni n'est restreint aux personnes qui elles-mêmes conduisent. C'est un sujet à propos duquel presque tout le monde peut exprimer une opinion d'après son expérience personnelle du quotidien. Témoigner que les facultés d'une personne sont affaiblies équivaut en réalité à dire: «Je ne crois pas qu'il aurait dû conduire.» Dans tous les cas, l'opinion doit se fonder sur les faits observés: la voiture zigzaguait, l'haleine du chauffeur avait une forte odeur d'alcool, ses facultés de perception et de coordination étaient réduites, il était somnolent et réagissait lentement à la présence d'autres voitures ou de piétons sur la trajectoire de sa voiture, et ainsi de suite. Exclure la déposition de témoins non experts qu'ils soient passagers de la voiture de l'accusé, passagers d'autres voitures proches ou qu'ils soient piétons peut conduire à une injustice envers l'accusé et, en même temps, entraver la police dans la poursuite des conducteurs dont les facultés sont affaiblies. De telles dépositions doivent être recevables. Le poids à accorder à de tels témoignages d'opinion variera selon le témoin et selon les faits observés sur lesquels le témoignage se fonde.

Le savant Juge en chef a rejeté la doctrine de la «question essentielle», c.-à-d. que le témoignage d'opinion n'est jamais recevable s'il porte sur la question même à soumettre au jury. Il a aussi fait remarquer que le témoignage d'opinion est refusé à bon droit s'il comporte une question de droit, telle la question de savoir si une personne a agi avec négligence.

Les motifs se terminent comme ceci:

[TRADUCTION] A mon avis, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en recevant, comme déposition d'un non-expert, le témoignage d'opinion des agents de police au sujet de la capacité affaiblie de l'accusé et en y ajoutant foi comme partie de l'ensemble de la preuve. Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire de déterminer si les agents de police auraient pu se qualifier comme

Accordingly, leave to appeal is granted, but the appeal is dismissed.

IV

The Case Law

The question in issue is a vexed one. The authorities in this country and elsewhere are by no means congruous. One of the earliest, and most frequently quoted cases is *R. v. German* (1947), 89 C.C.C. 90, a decision of the Ontario Court of Appeal involving charges of dangerous driving and driving while intoxicated. Counsel for the appellant submitted that the Crown was improperly permitted to introduce opinion evidence of persons who had no special qualifications. This evidence related to whether the accused was intoxicated, and was in a fit condition to drive. The Court observed that there were several matters on which a person of ordinary intelligence may be permitted to give opinion evidence based on his personal knowledge, such as the identity of individuals, the apparent age of a person, the speed of a vehicle and whether a person was sober or not.

Robertson C.J.O. said (at p. 99):

I am sure there have been many cases where a witness has been asked whether a person was sober or not, and has been allowed to state what is after all, a matter of opinion, but the answer is given as if nothing but a mere question of fact was involved.

In the present case the evidence objected to is that of witnesses who saw the appellant and had opportunity of observing him. While some of the questions allowed to be answered were, I think, improperly framed, it was quite plain to the jury that these witnesses were ordinary observers applying their unskilled knowledge to what they actually saw, and, taken as a whole, I do not think any injustice was done by the occasional putting of a question that was unfortunately framed.

The case is of limited help as the degree of impairment was not really in issue.

*German*'s case was discussed in *R. v. Marks*, [1952] O.W.N. 608, in which it was held that it was for the judge to decide whether in the light of the facts the police officer was "competent" to

témoins experts et quelle preuve aurait été exigée pour y arriver. En conséquence, l'autorisation d'interjeter appel est accordée, mais l'appel est rejeté.

IV

La jurisprudence

La question en cause est controversée. La jurisprudence d'ici et d'ailleurs est loin d'être uniforme. Un des arrêts les plus anciens et le plus fréquemment cité est *R. v. German* (1947), 89 C.C.C. 90, de la Cour d'appel de l'Ontario à propos d'accusations de conduite dangereuse et de conduite en état d'ébriété. L'avocat de l'accusé avait soutenu qu'on avait permis, à tort, à la poursuite de présenter des témoignages d'opinion de personnes qui n'avaient pas de titres de compétence spéciaux. Ces témoignages avaient trait à l'état d'ébriété de l'accusé et à sa capacité de conduire. La Cour avait signalé qu'il y avait plusieurs sujets sur lesquels une personne d'intelligence normale peut être admise à donner un témoignage d'opinion fondé sur ses connaissances personnelles, comme l'identité des gens, l'âge apparent d'une personne, la vitesse d'un véhicule et si une personne est sobre ou non.

Le juge en chef Robertson dit ceci (à la p. 99):

[TRADUCTION] Je suis certain que dans de nombreuses affaires on a demandé à un témoin si une personne était ivre ou non et on lui a permis de se prononcer sur ce qui est en définitive une question d'opinion, mais la réponse est alors donnée comme s'il ne s'agissait que d'une pure question de fait.

En l'espèce, la déposition à laquelle on s'oppose est celle de témoins qui ont vu l'appelant et ont eu la possibilité de l'observer. Même si certaines des questions permises étaient, à mon avis, mal formulées, il était évident pour le jury que ces témoins étaient des observateurs ordinaires qui appliquaient leurs connaissances générales à ce qu'ils avaient effectivement vu et, dans l'ensemble, je ne crois pas qu'il y ait eu une injustice du fait d'avoir posé, à l'occasion, une question mal formulée.

Cette affaire n'est pas très utile puisque le degré d'affaiblissement des facultés n'était pas vraiment en cause.

L'arrêt *German* a été étudié dans l'arrêt *R. v. Marks*, [1952] O.W.N. 608; il y est décidé qu'il appartient au juge de déterminer si, étant donné les faits, l'agent de police a «compétence» pour

give an opinion as to any condition of impairment by consumption of alcohol. On the evidence in that case the judge held that the officers were not competent because they did not actually observe the accused driving his car and because they disagreed both about the state of intoxication and about the accused's ability to drive.

The next case is *R. v. Zarins* (1959), 125 C.C.C. 375, another impaired driving case, the judgment of the Ontario Court of Appeal being delivered by Porter C.J.O. Two short passages might be quoted (at pp. 380 and 382):

> I would adopt certain language of Harvey C.J.A. in *R. v. Cox* 93 Can.C.C. 32 at p. 36, [1949] 1 D.L.R. 524 at p. 528, and say that the fact of intoxication under s. 222, and impairment under s. 223 "may well be determined by observance of the conduct of the person charged as to which anyone can speak."

and

> Following this decision [the decision in *R. v. German, supra*], I think that the evidence of the police officers as to intoxication and impairment was clearly admissible.

From the Ontario authorities one would conclude that opinion evidence as to drunkenness, and as to impairment, are currently both admissible.

In British Columbia (*R. v. Beauvais,* [1965] 3 C.C.C. 281 (B.C.S.C.)) McFarlane J. adopted the reasoning of the Court of Appeal in Ontario in *R. v. German* and held that the opinions of the constables was lawfully admissible evidence on which the magistrate could find impairment.

In Alberta, it has been held that the constables could describe the accused's actions, appearance, language and general conduct and, in answer to a question framed as a question of fact, state the accused was drunk: *R. v. Pollock* (1947), 90 C.C.C. 171. In *R. v. Cox* (1948), 93 C.C.C., 32 (Alta. C.A.), Harvey C.J.A., delivering the judgment of the Court, said (at pp. 35-36):

donner une opinion quant à l'affaiblissement des facultés dû à l'usage d'alcool. Selon la preuve soumise dans cette affaire-là, le juge a conclu que les agents n'avaient pas compétence parce qu'ils n'avaient pas réellement vu l'accusé conduire et parce qu'ils n'étaient pas d'accord sur l'état d'ébriété de l'accusé ni sur sa capacité de conduire.

L'arrêt suivant est *R. v. Zarins* (1959), 125 C.C.C. 375, une autre affaire de conduite avec facultés affaiblies. C'est le juge en chef Porter qui a rédigé les motifs de jugement de la Cour d'appel de l'Ontario. On peut en citer les deux courts passages suivants [aux pp. 380 et 382]:

> [TRADUCTION] Je fais mienne l'expression employée par le juge en chef Harvey en Cour d'appel dans *R. v. Cox* 93 Can.C.C. 32, à la p. 36, [1949] 1 D.L.R. 524, à la p. 528, et dirais que l'ébriété au sens de l'art. 222 et les facultés affaiblies au sens de l'art. 223 «peuvent bien être établies par l'observation du comportement de l'accusé dont n'importe qui peut faire état».

et

> [TRADUCTION] Conformément à cette décision [*R. v. German*, précitée], je crois que le témoignage des agents de police quant à l'ébriété et à l'affaiblissement des facultés était manifestement recevable.

Selon la jurisprudence ontarienne, on pourrait conclure que le témoignage d'opinion sur l'ébriété et sur l'affaiblissement des facultés sont aujourd'hui l'un et l'autre recevables.

En Colombie-Britannique (*R. v. Beauvais*, [1965] 3 C.C.C. 281 (C.S.B.-C.)), le juge McFarlane a suivi le raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. German* et a conclu que l'opinion des agents était une preuve légalement recevable d'après laquelle le magistrat pouvait conclure à l'affaiblissement des facultés.

En Alberta, on a décidé que les agents pouvaient rapporter les gestes de l'accusé, ses paroles, décrire son apparence et son comportement général et, en réponse à une question formulée comme s'il s'agissait d'un fait, dire que l'accusé était en état d'ivresse: *R. v. Pollock* (1947), 90 C.C.C. 171. Dans *R. v. Cox* (1948), 93 C.C.C. 32 (C.A. Alta.) le juge en chef Harvey dit ceci au nom de la cour (aux pp. 35 et 36):

It seems clear, however, that the purpose of the prohibition of s. 285 is for the protection of people on the highway, and that when a person is in such a state of intoxication that his driving is a menace to the public safety, he must be intoxicated within the intention, and therefore the meaning, of the term as used in the section.

That fact may well be determined by observance of the conduct of the person charged as to which anyone can speak, and that too perhaps with greater certainty than by any conclusions from the percentage of alcohol in the blood.

In some of the other provinces the position is more narrowly circumscribed. For example, in Prince Edward Island, Campbell C.J. held in *Giddings v. The King* (1947), 89 C.C.C. 346 that, in cases where intoxication is the very issue, it is neither helpful nor permissible for witnesses to state their own opinions or conclusions as to the fact or degree of intoxication, at least unless they relate the detailed symptoms on which their conclusions are based. In *R. v. Smith* (1948), 17 Fortnightly L.J. 241, the same judge held that only evidence of actual symptoms could be regarded, and evidence that the accused was intoxicated should be eliminated. An equally restrictive view was taken by Hogarth D.C.J. in *Grimsteit v. McDonald* (1950), 96 C.C.C. 272: "My opinion has always been that it is for a witness to state the facts and for the Court to draw conclusions from those facts" (at p. 286).

A midway position was voiced by O'Hearn C.C.J. in *R. v. MacDonald* (1966), 9 Crim. L.Q. 239 (at p. 241):

I ruled that it would probably be improper for the witness to give as his opinion that the defendant's ability to drive a motor vehicle was impaired by alcohol or a drug, as this might involve a conclusion of law, but that any adult person with sufficient experience of the world may be asked his opinion of a person's condition with respect to intoxication.

England

Lord Parker, speaking on behalf of the Court-Martial Appeal Court in *R. v. Davies,* [1962] 1 W.L.R. 1111 was of opinion that a witness could

[TRADUCTION] Il me semble clair cependant que l'interdiction portée à l'art. 285 vise à protéger le public sur les routes et que, lorsqu'une personne est dans un état d'ébriété tel qu'elle constituerait une menace pour la sécurité publique si elle conduisait, elle doit être dans un état d'ébriété visé par le législateur et en conséquence selon le sens de cette expression dans l'article.

Ce fait peut bien être établi par l'observation du comportement de l'accusé dont n'importe qui peut rendre compte et aussi, peut-être avec plus de certitude que n'importe quelle constatation du taux d'alcoolémie.

Dans certaines autres provinces la position adoptée est réglée de façon plus stricte. Par exemple, à l'Île-du-Prince-Édouard, le juge en chef Campbell a conclu dans l'arrêt *Giddings v. The King* (1947), 89 C.C.C. 346, que, dans les cas où l'ébriété est la question essentielle, il n'est ni permis, ni utile que les témoins donnent leur propre opinion ou leur conclusion sur le degré d'ébriété ou sur l'ébriété elle-même à moins qu'ils ne décrivent les signes détaillés sur lesquels ils fondent leur conclusion. Dans l'arrêt *R. v. Smith* (1948), 17 Fortnightly L.J. 241, le même juge conclut que seule la déposition relative aux signes réels pouvait être retenue et que celle selon laquelle l'accusé était en état d'ébriété devait être rayée. Le juge Hogarth de la Cour de district a exprimé un avis aussi sévère dans *Grimsteit v. McDonald* (1950), 96 C.C.C. 272: [TRADUCTION] «J'ai toujours été d'avis qu'il appartient aux témoins d'énoncer les faits et au tribunal de tirer des conclusions à partir de ces faits» (à la p. 286).

Le juge O'Hearn de la Cour de comté a opté pour une position intermédiaire dans *R. v. MacDonald* (1966), 9 Crim. L.Q. 239 (à la p. 241):

[TRADUCTION] J'ai décidé qu'il serait probablement répréhensible que le témoin dise, à titre d'opinion, que la capacité du défendeur de conduire un véhicule à moteur était affaiblie par l'usage d'alcool ou d'une drogue puisque ce pourrait être une conclusion de droit, mais on peut demander à tout adulte, qui a une expérience suffisante de la vie, son opinion sur l'état d'une personne pour ce qui a trait à l'ébriété.

En Angleterre

Au nom du Tribunal d'appel des cours martiales, lord Parker a exprimé l'avis dans *R. v. Davies*, [1962] 1 W.L.R. 1111 qu'un témoin pouvait fort

properly give his impression as to whether another had "taken drink", but could not testify as to fitness or unfitness to drive. He reached his conclusion on two grounds (i) he is not in the expert witness category; (ii) that was the very matter the court had to determine on a charge of driving a vehicle on a road while unfit to drive through drink or drugs. The passage reads (at p. 1113):

> The court has come clearly to the conclusion that a witness can quite properly give his general impression as to whether a driver had taken [a] drink. He must describe of course the facts upon which he relies, but it seems to this court that he is perfectly entitled to give his impression as to whether drink had been taken or not. On the other hand, as regards the second matter, it cannot be said, as it seems to this court, that a witness, merely because he is a driver himself, is in the expert witness category so that it is proper to ask him his opinion as to fitness or unfitness to drive. That is the very matter which the court itself has to determine. Accordingly, in so far as this witness and two subsequent witnesses, the lance-corporal and the regimental sergeant-major gave their opinion as to the appellant's ability or fitness to drive, the court was wrong in admitting that evidence.

In *R. v. Neil*, [1962] Crim. L.R. 698 a Courts-Martial Appeal Court (Winn, Widgery and Brabin JJ.) indicated that the scope of *Davies* "might call for consideration in future in relation to particular circumstances". The Court in *Neil* upheld the conviction on the somewhat tenuous ground that the members of the Court Martial "were not invited or directed by the Judge-Advocate to pay attention to opinion as distinct from observation".

Eire

An informative discussion of the point under review comes from Eire, *A.G. (Ruddy) v. Kenny* (1959), 94 I.T.L.R. 185. Kenny was charged with driving a motor lorry while drunk. The prosecution proposed to ask a police witness whether "in his opinion the defendant was drunk and incapable of driving the vehicle". The solicitor for the defend-

bien dire qu'il a l'impression qu'une autre personne «a bu», mais il ne peut pas déposer quant à sa capacité ou son incapacité de conduire. Le juge en est arrivé à cette conclusion pour deux motifs (i) le témoin n'est pas un témoin expert; (ii) c'est la question même que la cour est appelée à trancher relativement à une accusation de conduite d'un véhicule avec facultés affaiblies par l'usage d'alcool ou de drogue. Voici l'extrait de cette décision (à la p. 1113):

> [TRADUCTION] La cour a conclu sans hésitation qu'un témoin peut fort bien donner son impression générale quant à savoir si un conducteur a bu. Il doit évidemment énoncer les faits sur lesquels il s'appuie, mais cette cour estime qu'il a parfaitement le droit de donner son impression à savoir s'il y a eu consommation d'alcool. D'autre part, pour ce qui a trait à la seconde question, on ne peut dire selon nous que, simplement parce qu'un témoin conduit lui-même une automobile, il entre dans la catégorie des témoins experts et qu'il convient de lui demander son avis sur la capacité ou l'incapacité de l'accusé de conduire. C'est la question même que la cour est appelée à trancher. En conséquence, pour autant que ce témoin et les deux autres témoins suivants, le caporal et le sergent major du régiment, ont exprimé leur opinion quant à la capacité ou aptitude de l'appelant de conduire, la cour a eu tort de recevoir leur témoignage.

Dans l'arrêt *R. v. Neil*, [1962] Crim. L.R. 698, le Tribunal d'appel des cours martiales (les juges Winn, Widgery et Brabin) a signalé que la portée de l'affaire *Davies* [TRADUCTION] «pourrait devoir être réexaminée plus tard, à cause de circonstances particulières». Dans l'arrêt *Neil*, la Cour a confirmé la déclaration de culpabilité en fonction d'un motif plutôt ténu selon lequel les membres de la Cour martiale [TRADUCTION] «n'avaient été ni invités, ni incités par le juge-avocat à tenir compte de l'opinion des témoins par opposition à leurs observations».

En Irlande

L'arrêt irlandais *A.G.* (*Ruddy*) *v. Kenny* (1959), 94 I.T.L.R. 185 comporte une étude utile du point en cause. Kenny était accusé d'avoir conduit un camion en état d'ivresse. La poursuite voulait demander à un témoin policier si [TRADUCTION] «à son avis, le défendeur était ivre et incapable de conduire le véhicule». L'avocat de la défense s'est

ant objected to the question and submitted that the witness "not being a doctor or like expert was not qualified or competent to give evidence of his opinion of the defendant's condition". The prosecution replied that evidence as to drunkenness or sobriety need not necessarily be that of a medical practitioner or similar witness but that any ordinary witness would be qualified to give evidence on such matters. The District Justice thereupon agreed to state a case for the opinion of the High Court. The question for decision was whether evidence by a member of the Garda Siochana was admissible of his opinion that the defendant driver by reason of his being drunk, was unfit to drive a mechanically propelled vehicle? It was held by Davitt P. and on appeal by the Supreme Court of Eire (Lavery and O'Daly JJ., Kingsmill Moore J., dissenting) that the question asked should be answered "Yes". The evidence was admissible.

Northern Ireland

The same point arose in Northern Ireland in *Sherrard v. Jacob*, [1965] N.I.L.R. 151 on a stated case. The Court of Appeal held that opinion evidence of the police officers as to drunkenness was admissible but (Lord MacDermott L.C.J., dissenting) opinion evidence of the police officers as to capability to drive was not admissible. The majority of the Court followed *R. v. Davies*.

Australia

The Australian case of *Burrows v. Hanlin*, [1930] S.A.S.R. 54 held that mere opinion as to whether a man is drunk or whether he is capable of driving a motorcar, unsupported by facts, is not entitled to any weight. Murray C.J. said (at p. 55):

> Evidence of opinion can be given by experts on questions of science, but as to whether a man is drunk or whether he is capable of exercising effective control over a motorcar, mere opinion, unsupported by facts (I think I may go so far as to say), is not admissible evidence.

opposé à la question et a soutenu que, vu que le témoin [TRADUCTION] «n'était ni médecin, ni expert de ce genre, il n'était ni qualifié, ni compétent pour donner en preuve son opinion quant à l'état du défendeur». La poursuite a répliqué que le témoignage quant à l'ivresse ou à la sobriété de quelqu'un n'était pas nécessairement celui d'un médecin ou d'un témoin de cette catégorie, mais que tout témoin ordinaire avait compétence pour déposer sur ces questions. Le juge de district a, dès lors, accepté de référer l'affaire, sous forme d'énoncé de cause, à la Haute Cour. Il s'agissait de décider de la recevabilité du témoignage d'un membre de la Garda Siochana, selon lequel l'accusé était incapable de conduire un véhicule motorisé parce qu'il était ivre. Le président Davitt et, en appel, la Cour suprême d'Irlande (les juges Lavery, O'Daly et le juge Kingsmill Moore étant dissident) ont conclu qu'il faut répondre à la question par l'affirmative. Le témoignage était recevable.

En Irlande du Nord

La même question s'est posée en Irlande du Nord, sous forme d'énoncé de cause dans l'affaire *Sherrard v. Jacob*, [1965] N.I.L.R. 151. La Cour d'appel a conclu que le témoignage d'opinion des agents de police sur l'état d'ébriété était recevable mais (le lord juge en chef MacDermott étant dissident) que leur témoignage d'opinion sur la capacité de conduire n'était pas recevable. La Cour à la majorité a suivi l'arrêt *R. v. Davies*.

En Australie

Selon l'affaire australienne *Burrows v. Hanlin*, [1930] S.A.S.R. 54, la simple opinion quant à l'ébriété d'une personne et à sa capacité de conduire un véhicule à moteur, non fondée sur des faits, n'a aucune valeur probante. Le juge en chef Murray a dit (à la p. 55):

> [TRADUCTION] Des experts peuvent rendre des témoignages d'opinion sur des questions de science, mais un témoignage d'opinion sur la question de savoir si un homme est ivre et s'il est capable d'exercer un contrôle efficace sur une automobile, une simple opinion, non appuyée sur des faits est (j'oserais dire) non recevable.

The later case of *R. v. Spooner*, [1957] V.R. 540 expressed a less strict view, with which I find myself much in accord. Sholl J. said (at p. 541):

> I think I ought to say that my own view would be that it is not only a police officer who may be capable of expressing an opinion whether a man is so intoxicated as to be unable properly to drive a car. Many other persons have had experience in driving a motor-car, and have observed persons under the influence of intoxicating liquor, and must, one would suppose, be in a position to form a view as to the capacity to drive. I see no magic myself in the fact that the witness is a police officer, or anything else. It depends largely, I suppose, on his actual knowledge of what is required in driving a motor car.

In *R. v. Kelly*, [1958] V.R. 412, Smith J. expressed the opinion that if the Crown is merely seeking from a witness a compendious description of what he actually observed, evidence in such form is not properly to be regarded as opinion evidence and the law of evidence does not forbid the giving of evidence in such form. Moreover, the law of evidence does not require that a witness should be qualified as an expert before he testifies.

New Zealand

In *Blackie v. Police*, [1966] N.Z.L.R. 910 the New Zealand Court of Appeal divided on whether an experienced traffic officer could give evidence as to whether a driver was so far intoxicated as to be incapable of having control of a vehicle. A majority of the Court held that a traffic officer or policeman who can show that he is sufficiently qualified by training or experience may be allowed to express his opinion in evidence as to a person's capacity to drive. The Court held also that the fact that a witness is either a traffic officer or a policeman does not, however, automatically qualify him to give opinion evidence on this topic.

L'affaire plus récente *R. v. Spooner*, [1957] V.R. 540 exprime une opinion moins rigide, avec laquelle je suis beaucoup plus en accord. Le juge Sholl y dit (à la p. 541):

> [TRADUCTION] Je crois devoir dire qu'à mon avis, un agent de police n'est pas le seul qui peut être capable de dire si, selon lui, un homme est à ce point ivre qu'il en est incapable de conduire normalement une voiture. Bien d'autres personnes ont eu l'expérience de conduire une voiture et d'observer des personnes en état d'ébriété et doivent, on peut le supposer, être en mesure de se former une opinion sur la capacité du chauffeur de conduire. Quant à moi je ne vois rien de magique à ce que le témoin soit un agent de police ou autre chose. Cela dépend en grande partie, je suppose, de la connaissance qu'a le témoin de ce qui est nécessaire pour conduire une voiture.

Dans *R. v. Kelly*, [1958] V.R. 412, le juge Smith a exprimé l'avis que si la poursuite cherche simplement à faire décrire de façon concise par un témoin ce qu'il a effectivement observé, cette forme de témoignage ne peut validement être considérée comme un témoignage d'opinion et le droit de la preuve n'interdit pas la présentation de cette forme de preuve. De plus, le droit de la preuve n'exige pas qu'un témoin se qualifie comme expert avant de déposer.

En Nouvelle-Zélande

Dans l'affaire *Blackie v. Police*, [1966] N.Z.L.R. 910, la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande a rendu une décision partagée sur le point de savoir si un agent de la circulation expérimenté pouvait déposer qu'un chauffeur était ivre au point d'être incapable de contrôler un véhicule. La majorité de la Cour a conclu qu'on peut permettre à un policier ou à un agent de la circulation qui peut démontrer qu'il a l'expérience ou la formation voulue, d'exprimer son opinion, comme témoin, sur la question de savoir si une personne est capable de conduire. La Cour a aussi conclu que même si le témoin est agent de la circulation ou policier, cela ne l'habilite pas automatiquement à rendre un témoignage d'opinion sur ce sujet.

V

The Text Writers

Sir Rupert Cross in his work on *Evidence* (5th ed., 1979, p. 451) states that the existence of a particular issue may necessitate the reception of evidence which is not that of an expert and yet is nothing short of a witness' opinion concerning an ultimate issue in the case. The author adds, (at p. 452), that, subject to the exceptional type of situation, it would seem that, if non-expert opinion is in reality evidence of fact given *ex necessitate* in the form of evidence of opinion, there should be no question of its inadmissibility because it deals with ultimate issues.

Professor Cross continues (at p. 452):

This is borne out by the form of s. 3(2) of the Civil Evidence Act 1972, which suggests that no change in the law was intended:

> It is hereby declared that where a person is called as a witness in any civil proceedings, a statement of opinion by him on a relevant matter on which he is not qualified to give expert evidence, if made as a way of conveying relevant facts personally perceived by him, is admissible as evidence of what he perceived.

So far as criminal cases are concerned, the decisions on drunken driving indicate a difference of approach between the English and Northern Irish courts on the one hand, and the courts of Eire on the other.

Professor Cross suggests (at p. 453) two main and two subsidiary reasons for the exclusion of non-expert opinion: In the first place it is said that opinion evidence is irrelevant and that this is largely true of non-expert opinion on a subject requiring expertise as well as opinion evidence concerning matters which do not call for expertise. Secondly, it is said that the reception of opinion evidence would "usurp the functions of the jury" in the sense that the jury would be tempted blindly to accept a witness' opinion. The two subsidiary reasons mentioned are the fact that a witness who merely speaks his opinion cannot be prosecuted for perjury, and the danger that the reception of such evidence might indirectly evade other exclusionary rules. Cross speaks of the first subsidiary reason as

V

La doctrine

Sir Rupert Cross dans son ouvrage intitulé *Evidence* (5e éd., 1979, p. 451) déclare qu'il peut se présenter une question qui exige qu'on reçoive un témoignage qui n'est pas celui d'un expert, mais qui n'en est pas moins l'opinion d'un témoin sur une question fondamentale dans l'affaire. L'auteur ajoute (à la p. 452) que sauf dans une situation exceptionnelle, il semblerait que, si l'opinion d'un non-expert constitue en réalité la preuve de faits apportée *ex necessitate* sous forme de témoignage d'opinion, sa recevabilité ne devrait pas être mise en doute parce qu'elle porte sur des questions fondamentales.

Le professeur Cross poursuit (à la p. 452):

[TRADUCTION] Cela ressort du texte du par. 3(2) de la Civil Evidence Act 1972, qui donne à penser qu'on n'a pas voulu modifier le droit:

> Il est par les présentes déclaré que lorsqu'une personne, citée comme témoin dans une procédure civile, énonce une opinion sur un sujet pertinent sur lequel elle n'est pas un témoin expert, si elle le fait dans le but de relater les faits pertinents dont elle a eu personnellement connaissance, sa déclaration est recevable comme preuve de ce dont elle a eu connaissance.

Pour ce qui est des affaires criminelles, les décisions relatives à la conduite en état d'ébriété indiquent une différence de point de vue entre les cours d'Angleterre et celles d'Irlande du Nord d'une part et les cours de la République d'Irlande d'autre part.

Le professeur Cross fait état (à la p. 453) de deux raisons principales et deux raisons accessoires qui justifient l'exclusion de l'opinion de témoins ordinaires. D'abord, on affirme que le témoignage d'opinion n'a pas de pertinence et que c'est largement aussi vrai du témoignage d'opinion d'une personne ordinaire sur un sujet qui exige des connaissances spéciales que du témoignage d'opinion sur des questions qui n'en nécessitent pas. En deuxième lieu, on soutient que la réception de témoignages d'opinion empiéterait sur le rôle du jury en ce que le jury pourrait être tenté d'accepter aveuglément l'opinion du témoin. Les deux motifs secondaires indiqués tiennent à ce que le témoin qui ne fait qu'émettre une opinion n'est pas susceptible de poursuite pour parjure, et aux dangers que

one of "some antiquity" and suggests that there is more force in the second reason, but that "it has not been stressed by the judges".

Professor Wigmore takes a diametrically opposed position. He states, (vol. 7, para. 1917, Chadbourn ed., 1978) that the disparagement of "opinion" always had reference to the testimony of a person who had no "facts" of his own observation to speak from, and the skilled witness was the person who had to be received by way of exception to that notion. Thus, when an ordinary or lay witness took the stand, equipped with a personal acquaintance with the affair and therefore competent in his sources of knowledge, the circumstances that incidentally he drew inferences from his observed data and expressed conclusions from them did not present itself as in any way improper. It would not occur to any judge that this witness was doing a wrong thing.

Wigmore refers to the theory that wherever inferences and conclusions can be drawn by the jury as well as by the witness, the witness is superfluous, the theory being that of the exclusion of supererogatory evidence.

Wigmore uses strong language in discussing the "usurp the functions of the jury" theory (para. 1920). The phrase, he says, is made to imply a moral impropriety or a radical unfairness in the witness' expression of opinion. He says that "In this aspect the phrase is so misleading, as well as so unsound, that it should be entirely repudiated. It is a mere bit of empty rhetoric". The author continues "There is no such reason for the rule, because the witness, in expressing his opinion, is not attempting to 'usurp' the jury's function; nor could if he desired".

Turning then to an attack of the other theory, which would deny opinions of the "very issue before the jury" Wigmore has this to say:

The fallacy of this doctrine is, of course, that, measured by the principle, it is both too narrow and too

la réception d'un tel témoignage puisse permettre de contourner d'autres règles d'exclusion. Cross qualifie la première raison accessoire de [TRADUCTION] «désuète dans une certaine mesure» et opine que la seconde raison est plus convaincante, mais [TRADUCTION] «que les juges n'en ont pas beaucoup fait état».

Le professeur Wigmore adopte un point de vue diamétralement opposé. Il affirme (vol. 7, par. 1917, éd. Chadbourn, 1978) que le dénigrement du témoignage d'opinion a toujours fait référence au témoignage d'une personne qui n'a pas personnellement observé de «faits» qu'elle pourrait rapporter et que le témoin expert est celui qu'il faut entendre par exception à cette notion. Donc lorsqu'un témoin ordinaire dépose, avec une connaissance personnelle de l'affaire et, en conséquence, bien assuré de ses sources de connaissances, le fait qu'il tire des conclusions incidentes et exprime une opinion à partir de faits qu'il a observés n'a en soi rien de répréhensible. Il ne viendrait jamais à l'idée d'un juge que ce témoin se conduit mal.

Wigmore parle de la théorie selon laquelle chaque fois que le jury aussi bien que le témoin peut tirer des inférences et des conclusions, le témoin est de trop; c'est la théorie de l'exclusion de la preuve surérogatoire.

Wigmore emploie des termes forts pour parler de la théorie de «l'empiétement sur le rôle du jury» (par. 1920). On a fait dire à cette expression, dit-il, que l'énoncé d'opinion du témoin est moralement incorrect ou fondamentalement inéquitable. Il affirme que [TRADUCTION] «Sous ce rapport, l'expression est si trompeuse et mal fondée qu'il y a lieu de la désavouer complètement. Ce n'est qu'un exercice de rhétorique creuse». L'auteur poursuit «Aucune raison de la sorte ne fonde la règle, puisqu'en exprimant son opinion, le témoin n'essaie pas de s'«approprier» le rôle du jury et il ne pourrait pas le faire même s'il le voulait».

Abordant la critique de l'autre théorie, qui interdirait le témoignage d'opinion sur «la question même soumise au jury», Wigmore dit ceci:

[TRADUCTION] La fausseté de cette théorie tient à ce que, de toute évidence, en fonction du principe, elle est à

broad. It is too broad, because, even when the very point in issue is to be spoken to, the jury should have help if it is needed. It is too narrow, because opinion may be inadmissible even when it deals with something other that the point in issue. Furthermore, the rule if carried out strictly and invariably would exclude the most necessary testimony. When all is said, it remains simply one of those impracticable and misconceived utterances which lack any justification in principle [para. 1921].

VI

Law Reform Commission Reports

The Law Reform Commission of Canada has proposed an opinion rule based on facts perceived by the witness and on "helpfulness":

Section 67. A witness other than one testifying as an expert may not give an opinion or draw an inference unless it is based on facts perceived by him and is helpful to the witness in giving a clear statement or to the trier of fact in determining an issue [*Report on Evidence* (1975), Evidence Code, s. 67].

The Ontario Law Reform Commission proposed the enactment of the following section (Draft Act, Section 14):

Where a witness in a proceeding is testifying in a capacity other than as a person qualified to give opinion evidence and a question is put to him to elicit a fact that he personally perceived, his answer is admissible as evidence of the fact even though given in the form of an expression of his opinion upon a matter in issue in the proceeding [*Report on the Law of Evidence* (1976), pp. 150-53].

A majority of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence favoured the adoption of the proposal of the Law Reform Commission of Canada, embodied in s. 67 of the Commission's Evidence Code, rather than that of the Ontario Law Reform Commission. The majority opposed the proposal of the Ontario Law Reform Commission as being an enactment of the "collective facts rule" which allows non-expert opinion to be admitted on the basis that it is "a compendious mode of ascertaining the result of the actual observation of the witness". The majority felt that such

la fois trop particulière et trop générale. Elle est trop générale, parce que même s'il faut viser le point essentiel de l'affaire, le jury doit avoir l'aide dont il peut avoir besoin. Elle est trop particulière parce qu'une opinion peut être irrecevable même si elle porte sur autre chose que le point essentiel de l'affaire. De plus, si on applique la règle de façon stricte et inconditionnelle, on éliminerait les témoignages les plus nécessaires. Tout compte fait, elle n'est qu'une proposition, parmi d'autres, inapplicable et mal conçue qui n'a absolument pas de fondement dans les principes [par. 1921].

VI

Les rapports des commissions de réforme du droit

La Commission de réforme du droit du Canada a proposé une règle sur le témoignage d'opinion fondée sur des faits perçus par le témoin lui-même et sur l'«utilité»:

67. Hormis l'expert, aucun témoin ne peut faire part de ses opinions ou de ses conclusions à moins qu'elles ne soient fondées sur des faits perçus par lui-même et qu'elles ne soient utiles soit à une narration claire des faits, soit à la solution par l'arbitre des faits d'un problème soulevé au cours du litige. [*Rapport sur la preuve* (1975), Code de la preuve, art. 67].

La Commission de réforme du droit de l'Ontario a proposé l'adoption de l'article suivant (projet de loi, article 14):

[TRADUCTION] Lorsque dans une procédure où il dépose à un titre autre que celui de témoin expert, un témoin rapporte un fait dont il a eu personnellement connaissance, sa déposition est recevable à titre de preuve de ce fait, même si elle prend la forme d'une expression de son opinion à l'égard d'une question soulevée dans la procédure [*Report on the Law of Evidence* (1976), aux pp. 150 à 153].

Le groupe d'étude fédéral-provincial sur les règles uniformes de preuve a opté à la majorité pour l'adoption de la proposition formulée par la Commission de réforme du droit du Canada à l'art. 67 de son Code de la preuve, plutôt que pour la proposition de la Commission de réforme du droit de l'Ontario. Le groupe s'est majoritairement opposé à la proposition de la Commission de réforme du droit de l'Ontario parce qu'elle équivaut à adopter la «règle des faits en bloc» qui permet de recevoir le témoignage d'opinion d'un témoin ordinaire parce que c'est là [TRADUCTION]

an approach purported to draw an impossible and illogical distinction between "fact" and "opinion". The Task Force observed:

> Section 67 would allow a lay witness to testify in the form of opinion if it is rélevant, within the realm of common experience and a shorthand expression of the witness's personal observation.

VII

Conclusion

I have attempted in the foregoing to highlight the opposing points of view as reflected in some of the cases, texts, and reports of the law reform commissions.

We start with the reality that the law of evidence is burdened with a large number of cumbersome rules, with exclusions, and exceptions to the exclusions, and exceptions to the exceptions. The subjects upon which the non-expert witness is allowed to give opinion evidence is a lengthy one. The list mentioned in *Sherrard v. Jacob, supra*, is by no means exhaustive: (i) the identification of handwriting, persons and things; (ii) apparent age; (iii) the bodily plight or condition of a person, including death and illness; (iv) the emotional state of a person—*e.g.* whether distressed, angry, aggressive, affectionate or depressed; (v) the condition of things—*e.g.* worn, shabby, used or new; (vi) certain questions of value; and (vii) estimates of speed and distance.

Except for the sake of convenience there is little, if any, virtue, in any distinction resting on the tenuous, and frequently false, antithesis between fact and opinion. The line between "fact" and "opinion" is not clear.

To resolve the question before the Court, I would like to return to broad principles. Admissibility is determined, first, by asking whether the evidence sought to be admitted is relevant. This is a matter of applying logic and experience to the circumstances of the particular case. The question which must then be asked is whether, though

«une façon concise d'obtenir le résultat des observations réelles du témoin». Le groupe a majoritairement estimé que cette attitude tend à établir une distinction illogique et inapplicable entre les «faits» et les «opinions». Le groupe d'étude a fait remarquer que:

> [TRADUCTION] L'article 67 permettrait à un témoin ordinaire de rendre un témoignage d'opinion si celui-ci est pertinent, s'il appartient au domaine d'expérience courante et constitue un énoncé concis des observations personnelles du témoin.

VII

Conclusion

Jusqu'ici, j'ai essayé de souligner les points de vue opposés qu'on retrouve dans la jurisprudence, dans la doctrine et dans les rapports des commissions de réforme du droit.

Disons au départ que, dans le concret, le droit de la preuve est embarrassé d'un grand nombre de règles encombrantes, assorties d'exclusions, d'exceptions à ces exclusions et d'exceptions aux exceptions. La liste des sujets sur lesquels un témoin ordinaire peut rendre un témoignage d'opinion est longue. Celle qui est mentionnée dans l'arrêt *Sherrard v. Jacob*, précité, n'est nullement exhaustive: (i) l'identification d'écriture, de personnes ou de choses; (ii) l'âge apparent; (iii) l'état physique d'une personne, notamment si elle est malade ou morte; (iv) l'état émotif d'une personne—c.-à-d. si elle est affligée, en colère, aggressive, tendre ou découragée; (v) l'état des choses—c.-à-d. si elles sont usées, détériorées, neuves ou usagées; (vi) certaines questions d'évaluation; et (vii) des estimations de vitesse ou de distance.

Si ce n'est par commodité, la distinction fondée sur l'opposition précaire, et même souvent fausse, entre un fait et une opinion a peu ou pas d'avantages. La distinction entre un «fait» et une «opinion» n'est pas nette.

Pour résoudre la question soumise à la Cour, je veux revenir aux principes généraux. Le premier critère de recevabilité d'une preuve est sa pertinence. Il s'agit d'appliquer la logique et l'expérience aux circonstances du cas particulier. Il faut alors se demander si, même si la preuve a une

probative, the evidence must be excluded by a clear ground of policy or of law.

There is a direct and logical relevance between (i) the evidence offered here, namely, the opinion of a police officer (based on perceived facts as to the manner of driving, and *indicia* of intoxication of the driver) that the person's ability to drive was impaired by alcohol, and (ii) the ultimate *probandum* in the case. The probative value of the evidence is not outweighed by such policy considerations as danger of confusing the issues or misleading the jury. It does not unfairly surprise a party who had not had reasonable ground to anticipate that such evidence will be offered, and the adducing of the evidence does not necessitate undue consumption of time. As for other considerations such as "usurping the functions of the jury" and, to the extent that it may be regarded as a separate consideration, "opinion on the very issue before the jury", Wigmore has gone a long way toward establishing that rejection of opinion evidence on either of these grounds is unsound historically and in principle. If the court is being told that which it is in itself entirely equipped to determine without the aid of the witness on the point then of course the evidence is supererogatory and unnecessary. It would be a waste of time listening to superfluous testimony.

The judge in the instant case was not in as good a position as the police officers or Mr. Wilson to determine the degree of Mr. Graat's impairment or his ability to drive a motor vehicle. The witnesses had an opportunity for personal observation. They were in a position to give the Court real help. They were not settling the dispute. They were not deciding the matter the Court had to decide, the ultimate issue. The judge could accept all or part or none of their evidence. In the end he accepted the evidence of two of the police officers and paid little heed to the evidence of the third officer or of Mr. Wilson.

I agree with Professor Cross (at p. 443) that "The exclusion of opinion evidence on the ultimate

valeur probante, il y a lieu de l'exclure pour un motif manifeste de principe ou de droit.

Il y a une relation directe et logique entre (i) le témoignage présenté en l'espèce, savoir l'opinion d'un agent de police (fondée sur des observations quant à la manière de conduire du chauffeur et sur des indices d'ébriété de celui-ci) d'après laquelle la capacité de conduire de la personne était affaiblie par l'alcool et (ii) la preuve même à faire en l'espèce. La force probante du témoignage n'est pas supplantée par des considérations de principe comme le danger d'embrouiller les questions ou d'induire le jury en erreur. Le témoignage ne prend pas injustement par surprise une partie qui n'aurait pu raisonnablement prévoir qu'un tel témoignage serait présenté et sa présentation ne prend pas un temps excessivement long. Pour ce qui est des autres considérations, comme «l'empiétement sur le rôle du jury» et, dans la mesure où on peut la considérer comme une préoccupation distincte, celle que «le témoignage d'opinion porte sur la question même soumise au jury», Wigmore a bien établi qu'il est illogique de rejeter le témoignage d'opinion pour l'un ou l'autre de ces motifs tant du point de vue historique que de celui des principes. Si l'on dit au tribunal ce qu'il pourrait entièrement décider par lui-même, sans le secours du témoin sur la question, alors il va de soi que le témoignage est surérogatoire et inutile. Ce serait perdre son temps que d'entendre des dépositions superflues.

En l'espèce, le juge n'était pas aussi bien placé que les agents de police ou M. Wilson pour juger du degré de capacité ou d'incapacité de M. Graat de conduire un véhicule à moteur. Les témoins ont eu la possibilité de l'observer personnellement. Ils étaient en mesure d'apporter une aide réelle au tribunal. Ils ne tranchaient pas le litige. Ils ne décidaient pas ce que la cour était appelée à décider, le point crucial de l'affaire. Le juge avait la liberté d'accepter leurs dépositions en entier, en partie ou de les rejeter entièrement. En définitive il a cru les témoignages de deux agents de police et accordé peu d'attention à celui d'un troisième agent ou à celui de M. Wilson.

Je suis d'accord avec le professeur Cross pour dire (à la p. 443) que [TRADUCTION] «L'exclusion

issue can easily become something of a fetish". I can see no reason in principle or in common sense why a lay witness should not be permitted to testify in the form of an opinion if, by doing so, he is able more accurately to express the facts he perceived.

I accept the following passage from Cross as a good statement of the law as to the cases in which non-expert opinion is admissible.

> When, in the words of an American judge, "the facts from which a witness received an impression were too evanescent in their nature to be recollected, or too complicated to be separately and distinctly narrated", a witness may state his opinion or impression. He was better equipped than the jury to form it, and it is impossible for him to convey an adequate idea of the premises on which he acted to the jury:
>
> > "Unless opinions, estimates and inferences which men in their daily lives reach without conscious ratiocination as a result of what they have perceived with their physical senses were treated in the law of evidence as if they were mere statements of fact, witnesses would find themselves unable to communicate to the judge an accurate impression of the events they were seeking to describe."
>
> There is nothing in the nature of a closed list of cases in which non-expert opinion evidence is admissible. Typical instances are provided by questions concerning age, speed, weather, handwriting and identity in general [at p. 448].

Before this Court counsel for the appellant took the position that although opinion evidence by non-experts may be admissible where it is "necessary" the opinions of the police officers in this case were superfluous, irrelevant and inadmissible. I disagree. It is well established that a non-expert witness may give evidence that someone was intoxicated, just as he may give evidence of age, speed, identity or emotional state. This is because it may be difficult for the witness to narrate his factual observations individually. Drinking alcohol to the extent that one's ability to drive is impaired is a degree of intoxication, and it is yet more difficult for a witness to narrate separately the individual facts that justify the inference, in either the witness or the trier of fact, that someone was intoxicated to some particular extent. If a witness is to

du témoignage d'opinion sur le point crucial de l'affaire peut, en quelque sorte, devenir un fétiche». Je ne puis voir pourquoi en principe ou selon le bon sens, on ne pourrait pas permettre à un témoin ordinaire de déposer en exprimant son opinion si, en le faisant, il peut énoncer plus précisément les faits qu'il a observés.

Je considère l'extrait suivant de Cross comme l'énoncé exact du droit relatif aux affaires où le témoignage d'opinion d'un non-expert est recevable.

> [TRADUCTION] Lorsque, selon l'expression d'un juge américain, les faits qui ont produit une impression sur le témoin sont trop fugaces pour qu'il s'en rappelle ou trop compliqués pour qu'il les énonce un par un, le témoin peut faire état de son opinion ou de son impression. Il était dans une situation plus favorable que le jury pour y arriver et il lui est impossible de faire saisir au jury les prémisses sur lesquelles il s'appuie:
>
> > «A moins que les opinions, les estimations et les conclusions auxquelles on arrive inconsciemment, dans la vie de tous les jours, par suite de ce qu'on perçoit par nos sens soient considérées, en droit de la preuve, comme de simples énoncés de faits, les témoins seront incapables de communiquer au juge une impression exacte des circonstances qu'ils veulent relater.»
>
> Il n'y a pas d'énumération exhaustive des affaires pour lesquelles un témoignage d'opinion de non-expert est recevable. Les exemples caractéristiques sont ceux qui concernent l'âge, la vitesse, la température, l'écriture et de façon générale l'identité [à la p. 448].

Devant cette Cour, l'avocat de l'appelant a soutenu que même si le témoignage d'opinion de certains non-experts peut être recevable lorsqu'il est nécessaire, l'opinion des agents de police en l'espèce était superflue, non pertinente et irrecevable. Je ne suis pas d'accord. Il est bien établi qu'un témoin qui n'est pas un expert peut déposer que quelqu'un est ivre tout comme il peut témoigner au sujet de l'âge, de la vitesse, de l'identité ou d'un état émotif. Il en est ainsi parce qu'il peut être difficile au témoin d'énoncer une à une ses observations des faits. Consommer de l'alcool au point où la capacité de conduire est affaiblie constitue un degré d'ivresse et il est encore plus difficile pour un témoin de relater les faits distincts qui justifient l'inférence pour le témoin ou pour le juge des faits, que quelqu'un est ivre à un degré donné. Si l'on

be allowed to sum up concisely his observations by saying that someone was intoxicated, it is all the more necessary that he be permitted to aid the court further by saying that someone was intoxicated to a particular degree. I agree with the comment of Lord MacDermott L.C.J. in his dissent in *Sherrard v. Jacob, supra*:

> I can find no good reason for allowing the non-expert to give his opinion of the driver's observable condition and then denying him the right to state an opinion on the consequences of that observed condition so far as driving is concerned [at p. 162].

Nor is this a case for the exclusion of non-expert testimony because the matter calls for a specialist. It has long been accepted in our law that intoxication is not such an exceptional condition as would require a medical expert to diagnose it. An ordinary witness may give evidence of his opinion as to whether a person is drunk. This is not a matter where scientific, technical, or specialized testimony is necessary in order that the tribunal properly understands the relevant facts. Intoxication and impairment of driving ability are matters which the modern jury can intelligently resolve on the basis of common ordinary knowledge and experience. The guidance of an expert is unnecessary.

If that be so it seems illogical to deny the court the help it could get from a witness' opinion as to the degree of intoxication, that is to say whether the person's ability to drive was impaired by alcohol. If non-expert evidence is excluded the defence may be seriously hampered. If an accused is to be denied the right to call persons who were in his company at the time to testify that in their opinion his ability to drive was by no means impaired, the cause of justice would suffer.

Whether or not the evidence given by police or other non-expert witnesses is accepted is another matter. The weight of the evidence is entirely a matter for the judge or judge and jury. The value of opinion will depend on the view the court takes in all the circumstances.

doit permettre au témoin de résumer ses observations de façon concise en affirmant que quelqu'un est ivre, il est encore plus nécessaire de lui permettre de mieux éclairer la cour en disant que quelqu'un est ivre à un degré donné. Je souscris au commentaire du lord juge en chef MacDermott, dissident, dans l'arrêt *Sherrard v. Jacob*, précité:

> [TRADUCTION] Je ne puis trouver de motif valable de permettre au témoin ordinaire de donner son avis sur l'état apparent du conducteur et de lui refuser ensuite le droit de dire son avis sur les conséquences de l'état qu'il a observé pour autant que la capacité de conduire est en cause [à la p. 162].

Il ne s'agit pas ici d'une affaire d'exclusion du témoignage d'un non-expert parce qu'on aurait dû faire appel à un spécialiste. Il est depuis longtemps admis dans notre droit que l'ébriété n'est pas un état si exceptionnel qu'il faille avoir recours à un expert en médecine pour la diagnostiquer. Un témoin ordinaire peut donner son avis sur la question de savoir si une personne est ivre. Ce n'est pas un sujet où il est nécessaire d'obtenir un témoignage scientifique, technique ou spécialisé pour que le tribunal apprécie les faits pertinents à leur juste valeur. L'ébriété et l'affaiblissement de la capacité de conduire sont des questions que, de nos jours, un jury peut résoudre intelligemment en fonction des connaissances et de l'expérience communes. L'aide d'un expert est superflue.

Dans ces conditions, il paraît illogique de priver la cour de l'aide que l'opinion du témoin peut lui apporter sur le degré d'ébriété, c.-à-d. sur la question de savoir si la capacité de conduire d'une personne était affaiblie par l'usage de l'alcool. S'il fallait exclure les dépositions de témoins ordinaires, la défense en serait gravement gênée. Si l'on doit priver l'accusé du droit de citer des personnes qui l'accompagnaient lors de l'incident et de les faire témoigner qu'à leur avis sa capacité de conduire n'était nullement affaiblie, l'intérêt de la justice en serait atteint.

C'est une autre question de savoir s'il faut ajouter foi au témoignage des policiers ou d'autres témoins ordinaires. Le poids à accorder au témoignage relève complètement du juge ou du juge et du jury. La valeur probante de l'opinion dépend de la façon dont la cour juge toutes les circonstances.

I would adopt the following passage from the reasons of Lord MacDermott in *Sherrard v. Jacob, supra:*

> The next stage is to enquire if the opinion of the same witnesses was also admissible on the question whether the respondent, if he was under the influence of drink, was so to an extent which made him incapable of having proper control of the car he was driving. On this it seems to me that the reasoning which has led me to the conclusion just stated applies as well to this branch of the matter. The driving of motor vehicles is now so much a matter of everyday experience for ordinary people that I find it difficult to see how inferential or opinion evidence as to being (a) under the influence of drink and (b) thereby unfit to drive a car can be placed in different categories for the purpose of determining admissibility. The one as much as the other seems to be within the capacity of the non-expert to form a reasonable conclusion [at p. 162].

A non-expert witness cannot, of course, give opinion evidence on a legal issue as, for example, whether or not a person was negligent. That is because such an opinion would not qualify as an abbreviated version of the witnesses factual observations. An opinion that someone was negligent is partly factual, but it also involves the application of legal standards. On the other hand, whether a person's ability to drive is impaired by alcohol is a question of fact, not of law. It does not involve the application of any legal standard. It is akin to an opinion that someone is too drunk to climb a ladder or to go swimming, and the fact that a witness' opinion, as here, may be expressed in the exact words of the *Criminal Code* does not change a factual matter into a question of law. It only reflects the fact that the draftsmen of the *Code* employed the ordinary English phrase: "his ability to drive . . . is impaired by alcohol" (s. 234).

In short, I know of no clear ground of policy or of law which would require the exclusion of opinion evidence tendered by the Crown or the defence as to Mr. Graat's impairment.

I conclude with two caveats. First, in every case, in determining whether an opinion is admissible,

Je suis d'avis d'adopter le passage suivant des motifs de lord MacDermott dans l'arrêt *Sherrard v. Jacob*, précité:

> [TRADUCTION] L'étape suivante consiste à se demander si l'opinion de ce témoin est aussi recevable quand il s'agit de déterminer si l'intimé, étant sous l'influence de l'alcool, l'était au point d'être incapable de bien contrôler la voiture qu'il conduisait. Sur ce point, il me semble que le raisonnement qui m'a amené à la conclusion que je viens d'énoncer s'applique aussi bien à cet aspect de la question. Conduire un véhicule automobile est devenu une expérience tellement quotidienne pour la moyenne des gens que je vois difficilement comment une inférence ou un témoignage d'opinion quant a) au fait d'être sous l'influence de l'alcool et b) d'être, en conséquence, incapable de conduire une automobile peuvent être placés dans des catégories différentes pour en déterminer la recevabilité. L'une et l'autre me semblent relever de la capacité du témoin ordinaire de se former une opinion raisonnable [à la p. 162].

Un témoin ordinaire ne peut évidemment pas rendre un témoignage d'opinion sur une question de droit, par exemple, déterminer si une personne a été négligente ou non. Il en est ainsi parce qu'une telle opinion n'équivaut pas à une expression abrégée des observations des témoins. L'opinion qu'une personne a été négligente repose en partie sur des faits, mais elle comprend aussi l'application de critères juridiques. D'autre part déterminer si la capacité de conduire d'une personne est affaiblie par l'alcool est une question de fait et non une question de droit. Elle ne comporte l'application d'aucun critère juridique. Elle est semblable à l'opinion selon laquelle quelqu'un est trop ivre pour grimper à une échelle ou pour se baigner et le fait que l'opinion du témoin soit exprimée, comme en l'espèce, selon les termes mêmes du *Code criminel*, ne transforme pas une question de fait en une question de droit. Cela signifie simplement que les rédacteurs du *Code* ont utilisé une expression courante: «sa capacité de conduire . . . est affaiblie par l'effet de l'alcool» (art. 234).

En bref, je ne vois pas de motif évident, ni en principe, ni en droit, d'exclure le témoignage d'opinion offert par la poursuite ou par la défense quant à l'incapacité de conduire de M. Graat.

Je conclus par deux mises en garde. D'abord dans tous les cas, pour déterminer si un témoi-

the trial judge must necessarily excercise a large measure of discretion. Second, there may be a tendency for judges and juries to let the opinion of police witnesses overwhelm the opinion evidence of other witnesses. Since the opinion is admitted under the "compendious statement of facts" exception, rather than under the "expert witness" exception, there is no special reason for preferring the police evidence over the "opinion" of other witnesses. As always, the trier of fact must decide in each case what weight to give what evidence. The "opinion" of the police officer is entitled to no special regard. Ordinary people with ordinary experience are able to know as a matter of fact that someone is too drunk to perform certain tasks, such as driving a car. If the witness lacks the relevant experience, or is otherwise limited in his testimonial capacity, or if the witness is not sure whether the person was intoxicated to the point of impairment, that can be brought out in cross-examination. But the fact that a police witness has seen more impaired drivers than a non-police witness is not a reason in itself to prefer the evidence of the police officer. Constable McMullen and Sergeant Spoelstra were not testifying as experts based on their extensive experience as police officers.

gnage d'opinion est recevable, le juge du procès doit nécessairement exercer une grande mesure de discrétion. Deuxièmement, il se peut que les juges et les jurys aient tendance à laisser l'opinion des policiers prévaloir sur les témoignages d'opinion d'autres témoins. Puisque le témoignage d'opinion est reçu en vertu de l'exception dite «de l'énoncé concis des faits» plutôt qu'en vertu de l'exception visant le témoignage d'experts, il n'y a pas de raison particulière de préférer la déposition des policiers à «l'opinion» d'autres témoins. Comme dans tous les cas, l'arbitre des faits doit juger quel poids accorder à ce témoignage. L'opinion d'un agent de police ne mérite pas un traitement spécial. Des gens ordinaires avec une expérience courante peuvent savoir qu'en réalité quelqu'un est trop ivre pour faire certaines choses comme conduire une automobile. Si le témoin n'a pas l'expérience pertinente, si sa capacité de témoigner est autrement limitée, ou si le témoin n'est pas certain que la personne était ivre au point d'être incapable de conduire, on peut le faire ressortir par le contre-interrogatoire. Mais le fait qu'un agent de police ait vu plus de conducteurs incapables de conduire qu'un témoin qui n'est pas policier n'est pas un motif en soi d'accorder plus de poids à la déposition d'un agent de police. L'agent McMullen et le sergent Spoelstra n'ont pas déposé à titre d'experts en fonction de leur grande expérience comme agents de police.

There was some confusion about this matter in this case as appears from the following cross-examination of Mr. Wilson:

Q. ... And of course you've not and never have been a Police Officer. Do you agree or disagree with me?

A. No. No.

Q. You have never been a Police Officer?

A. No.

Q. And you're not in the habit of checking people as to the amount of alcohol that is consumed in order to make him impaired. Do you agree or disagree with me?

A. I have to agree with you.

Q. Yes. So you're really not in a position to tell us whether or not he was impaired or not impaired by alcohol. Do you agree or disagree with me?

A. I was only ...

Il y a eu en l'espèce un certain flottement à ce sujet, comme on peut le constater de l'extrait suivant du contre-interrogatoire de M. Wilson:

[TRADUCTION] Q. ... Et bien sûr vous n'êtes pas agent de police et ne l'avez jamais été. Êtes-vous d'accord avec moi ou non?

R. Non, non.

Q. Vous n'avez jamais été agent de police?

R. Non.

Q. Et vous n'avez pas l'habitude de surveiller les gens pour voir quelle quantité d'alcool il leur faut absorder avant d'être incapables de conduire. Êtes-vous d'accord avec moi?

R. Je suis obligé d'être d'accord.

Q. Oui. Donc vous n'êtes pas en mesure de nous dire s'il était capable ou incapable à cause de l'alcool. Êtes-vous d'accord avec moi ou non?

R. Je n'ai que ...

. . .

Q. ... But of course you were in no position to judge as to whether or not he was impaired. Do you agree or disagree with me?

A. I don't have any qualifications in that regard I guess.

Mr. Wilson does not need any special qualifications. Nor were the police officers relying on any special qualifications when they gave their opinions. Both police and non-police witnesses are merely giving a compendious statement of facts that are too subtle and too complicated to be narrated separately and distinctly. Trial judges should bear in mind that this is non-expert opinion evidence, and that the opinion of police officers is not entitled to preference just because they may have extensive experience with impaired drivers. The credit and accuracy of the police must be viewed in the same manner as that of other witnesses and in the light of all the evidence in the case. If the police and traffic officers have been closely associated with the prosecution, such association may affect the weight to be given to such evidence.

The trial judge was correct in admitting the opinions of the three police officers and Mr. Wilson.

For the foregoing reasons, as well as for the reasons given by Chief Justice Howland, I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Greenspan, Moldaver, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General for the Province of Ontario.*

. . .

Q. ... Mais bien sûr vous n'étiez pas en mesure de juger s'il était incapable ou non. Êtes-vous d'accord avec moi ou non?

R. Je n'ai aucun titre particulier sous ce rapport, je suppose.

M. Wilson n'a besoin d'aucun titre spécial. Les agents de police n'ont pas non plus besoin d'avoir de titre spécial lorsqu'ils donnent leur opinion. Les témoins qui sont agents de police et ceux qui ne le sont pas ne font que donner un énoncé concis des faits qui sont trop subtils et trop compliqués pour être énoncés un par un. Les juges de première instance ne devraient pas oublier qu'il s'agit là de témoignages d'opinion de non-experts et que l'opinion des agents de police n'a pas droit à un traitement de faveur simplement parce que ceux-ci peuvent avoir une grande expérience des conducteurs dont les facultés sont affaiblies. La fiabilité et l'exactitude des policiers doivent être appréciées de la même façon que celles des autres témoins, en fonction de l'ensemble de la preuve dans la cause. Si les agents de police et les agents de circulation ont été intimement associés à la poursuite de ces infractions, cette expérience peut modifier la force probante de leur témoignage.

Le juge du procès a eu raison de recevoir l'opinion des trois agents de police et celle de M. Wilson.

Pour les motifs ci-dessus, et pour les motifs exprimés par le juge en chef Howland, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant: Greenspan, Moldaver, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de la province de l'Ontario.*

**Capital Regional District** *Appellant*;

and

**Concerned Citizens of British Columbia, Albert Head Ratepayers Association, and Colwood Ratepayers Association** *Respondents*;

and

**The Attorney General of Quebec, the Attorney General for Saskatchewan and the Attorney General for Alberta** *Interveners.*

File No.: 16399.

1982: November 25; 1982: December 21.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Jurisdiction — Section 96 courts — Appeal from Pollution Control Board to either Lieutenant-Governor in Council or British Columbia Supreme Court — Validity of appeal decided by Lieutenant-Governor in Council — Whether or not grant of appellate function to Lieutenant-Governor in Council contrary to s. 96 of the Constitution Act, 1867, and hence ultra vires — Pollution Control Act, 1967 (B.C.), c. 34, ss. 3, 4, 5, 9, 10, 11, 12, 21, 24 — Constitution Act, 1867, s. 96.*

This appeal engaged the constitutionality of s. 12 of the *Pollution Control Act* which constituted the Lieutenant-Governor in Council or its cabinet delegates as an appeal tribunal to hear appeals from decisions of the Pollution Control Board. That Board set aside a permit granted to appellant by the Director of Pollution Control and an appeal was made to the Lieutenant-Governor in Council. The three ministers who heard the appeal restored the Director's decision to grant the permit subject to certain conditions. On an application for judicial review the Supreme Court of British Columbia found s. 12 of the *Pollution Control Act* to be *ultra vires* the Legislature in that it offended s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. The Court of Appeal upheld that decision.

*Held*: The appeal should be allowed.

**Capital Regional District** *Appelant*;

et

**Concerned Citizens of British Columbia, Albert Head Ratepayers Association et Colwood Ratepayers Association** *Intimés*;

et

**Le procureur général du Québec, le procureur général de la Saskatchewan et le procureur général de l'Alberta** *Intervenants.*

N° du greffe: 16399.

1982: 25 novembre; 1982: 21 décembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

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

*Droit constitutionnel — Compétence — Cours visées par l'art. 96 — Appel des décisions de la Pollution Control Board au lieutenant-gouverneur en conseil ou à la Cour suprême de la Colombie-Britannique — Validité de la décision du lieutenant-gouverneur en conseil prononcée en appel — L'attribution d'une compétence d'appel au lieutenant-gouverneur en conseil est-elle contraire à l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 et de ce fait inconstitutionnelle? — Pollution Control Act, 1967 (B.C.), chap. 34, art. 3, 4, 5, 9, 10, 11, 12, 21 et 24 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.*

Ce pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'art. 12 de la *Pollution Control Act*, qui fait du lieutenant-gouverneur en conseil ou des membres du cabinet qu'il désigne un tribunal d'appel chargé d'entendre les appels de décisions de la Pollution Control Board («la Commission»). Cette commission a annulé le permis délivré à l'appelant par le directeur du contrôle de la pollution; l'affaire a été portée en appel au lieutenant-gouverneur en conseil. Les trois ministres qui ont entendu l'appel ont rétabli la décision du directeur d'accorder le permis à certaines conditions. Par suite d'une demande d'examen judiciaire, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a déclaré l'art. 12 de la *Pollution Control Act* inconstitutionnel parce qu'il contrevient à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

*Arrêt*: Le pourvoi est accueilli.

Section 12 of the *Pollution Control Act* does not offend s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. The appellate authority given the Supreme Court of British Columbia and the Lieutenant-Governor in Council is distinguishable and their respective powers to make any order that appears just does not envelope both appellate authorities with the same attributes. The mere assignment of a judicial function to an administrative agency does not turn that agency into a s. 96 court. There was an intertwined jurisdiction here that brought the administrative tribunal into a policy framework even if there were a judicial element in its operation. The Lieutenant-Governor in Council, while not involved in daily administration, exercised a control sufficiently evident to mark it off from the Supreme Court of British Columbia. Then, too, the Act provided for a number of years that the Lieutenant-Governor in Council be the only appellate tribunal, until finally the Supreme Court of British Columbia was added as an alternative form of appeal.

*Tomko v. Labour Relations Board (N.S.)*, [1977] 1 S.C.R. 112; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ld.*, [1949] A.C. 134, considered; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Attorney General of Quebec v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638, distinguished.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1980), 118 D.L.R. (3d) 257, 25 B.C.L.R. 273, [1981] 1 W.W.R. 359, dismissing an appeal from a decision of Bouck J. allowing an application for judicial review and finding s. 12 of the *Pollution Control Act ultra vires* the Province. Appeal allowed.

*H. R. Eddy*, for the appellant.

*Robert Price*, for the respondents.

*Jean-K. Samson* and *Jean Bouchard*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*James C. MacPherson*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Wm. Henkel, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

L'article 12 de la *Pollution Control Act* ne contrevient pas à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La compétence d'appel conférée à la Cour suprême de la Colombie-Britannique et au lieutenant-gouverneur en conseil est distincte et le pouvoir accordé à l'une et à l'autre de rendre l'ordonnance qui leur paraît juste n'investit pas ces deux juridictions d'appel des mêmes fonctions. Un organisme administratif ne devient pas une cour visée à l'art. 96 du seul fait qu'on lui attribue un rôle judiciaire. Il s'agit d'une administration entrelacée qui place le tribunal administratif dans une structure régulatrice, même s'il y a un élément judiciaire dans son fonctionnement. Même s'il n'est pas chargé de l'administration quotidienne de la Loi, le lieutenant-gouverneur en conseil exerce un contrôle suffisamment manifeste pour le distinguer de la Cour suprême de Colombie-Britannique. De plus, pendant plusieurs années, le lieutenant-gouverneur en conseil a été, d'après la Loi, le seul tribunal d'appel avant que la Cour suprême de Colombie-Britannique ne soit désignée comme autre forme d'appel.

Jurisprudence: arrêts examinés: *Tomko c. Labour Relations Board (N.-É.)*, [1977] 1 R.C.S. 112; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ld.*, [1949] A.C. 134; distinction faite avec les arrêts: *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1980), 118 D.L.R. (3d) 257, 25 B.C.L.R. 273, [1981] 1 W.W.R. 359, qui a rejeté l'appel interjeté à l'encontre de la décision du juge Bouck qui avait fait droit à une demande d'examen judiciaire et statué que l'art. 12 de la *Pollution Control Act* était inconstitutionnel. Pourvoi accueilli.

*H. R. Eddy*, pour l'appelant.

*Robert Price*, pour les intimés.

*Jean-K. Samson* et *Jean Bouchard*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*James C. MacPherson*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Wm. Henkel, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal engages the constitutionality of s. 12 of the *Pollution Control Act*, 1967 (B.C.), c. 34. That section constitutes the Lieutenant-Governor in Council (or members of the Executive Council as its delegates) as an appeal tribunal to hear appeals from decisions of the Pollution Control Board established under the Act. The constitutional question is whether s. 96 of the *Constitution Act, 1867* (formerly the *British North America Act, 1867*) is offended by the vesting of this appellate authority in the provincial Lieutenant-Governor in Council.

Both Bouck J., of the British Columbia Supreme Court and the British Columbia Court of Appeal, speaking through Nemetz C.J.B.C., held that s. 96 was indeed offended because the effect of s. 12 of the *Pollution Control Act* was to create a Court not established by the Governor General in obedience to s. 96. It was not and is not contested that the provincial legislature had legislative authority to enact the substantive terms of the *Pollution Control Act* and to establish administrative machinery to carry out its terms. What is challenged is assignment by the Province of authority to a creature of its own to hear and determine appeals from decisions of the Pollution Control Board when, it is contended, such appellate authority should be vested in a federally appointed judicial officer or Court.

The central point taken by counsel for the respondent in supporting the decisions of the Courts below is that s. 12 of the *Pollution Control Act* gives indistinguishable appellate authority to the Supreme Court of British Columbia and to the Lieutenant-Governor in Council, that the two appeal tribunals are dealt with in the same statutory provision, and that their respective powers to make any order that "appears just" give a judicial character to each, thus enveloping the Lieutenant-Governor in Council in the same attribute

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'art. 12 de la *Pollution Control Act*, 1967 (C.-B.), chap. 34. Cet article fait du lieutenant-gouverneur en conseil (ou des membres du conseil exécutif qu'il désigne) un tribunal d'appel chargé d'entendre les appels des décisions de la *Pollution Control Board* (ci-après appelé la Commission de contrôle de la pollution) constituée en vertu de la Loi. La question constitutionnelle est de savoir si l'attribution de cette compétence d'appel au lieutenant-gouverneur en conseil de la province contrevient à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (auparavant l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*).

Le juge Bouck, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dont le juge en chef Nemetz a rendu la décision, ont jugé que la disposition contrevenait à l'art. 96 parce que l'art. 12 de la *Pollution Control Act* avait pour effet de constituer une cour qui n'est pas établie par le gouverneur général conformément à l'art. 96. Il n'est pas contesté que le législateur provincial avait la compétence législative pour adopter les dispositions de fond de la *Pollution Control Act* et pour établir l'appareil administratif chargé de les mettre en oeuvre. Ce qui est contesté c'est l'attribution par la province, à un organisme créé par elle, de la compétence pour connaître des appels de décisions de la Commission de contrôle de la pollution, alors que, prétend-on, cette compétence d'appel devrait être attribuée à une cour ou à des juges nommés par l'autorité fédérale.

Le moyen principal invoqué par l'avocat de l'intimé à l'appui des décisions des instances inférieures est que l'art. 12 de la *Pollution Control Act* donne indistinctement une compétence d'appel à la Cour suprême de la Colombie-Britannique et au lieutenant-gouverneur en conseil, que les mêmes dispositions de la Loi visent les deux juridictions d'appel et que le pouvoir attribué à l'une et à l'autre de rendre toute ordonnance qu'elles «estiment juste» confère un caractère judiciaire à l'une et à l'autre, attribuant ainsi au

undoubtedly belonging to the British Columbia Supreme Court.

Section 12 of the *Pollution Control Act* reads as follows:

**12.** (1) An appeal lies

(*a*) from every order of an officer to the Director;

(*b*) from every order of the Director to the Board; and

(*c*) from every order of the Board to the Lieutenant-Governor in Council, who may delegate any member or members of the Executive Council of the Province to hear the appeal and pronounce a decision thereon for or on behalf of the Lieutenant-Governor in Council, or to the Supreme Court of British Columbia, as the appellant may decide;

and in this section the expression "appeal tribunal" means the Director, the Board, the Lieutenant-Governor in Council, or the member or members of the Executive Council of the Province delegated by the Lieutenant-Governor in Council to hear the appeal, or the Supreme Court of British Columbia, as the case may be, to whom the appeal is taken.

(2) Every appeal from an order of the officer or the Director shall be taken within fifteen days from the date of the order, and every appeal from an order of the Board shall be taken within thirty days from the date of the order.

(3) The appellant under an appeal taken under this section shall give notice of the appeal as directed by the officer, Director, or the Board from whose order the appeal is taken.

(4) Before hearing an appeal, the appeal tribunal may require the appellant to deposit with the appeal tribunal such sum of money as the appeal tribunal considers sufficient to cover the probable expenses of the appeal tribunal and the respondent in connection with the appeal.

(5) The appeal tribunal may, on any appeal, determine the matters involved and make any order that to the appeal tribunal appears just, and may dispose of any money deposited by the appellant pursuant to a requirement made under subsection (4).

(6) The decision of the Supreme Court of British Columbia, or the Lieutenant-Governor in Council, or the member or members of the Executive Council of the Province delegated by the Lieutenant-Governor in Council to hear the appeal, as the case may be, shall be final.

lieutenant- gouverneur en conseil la même compétence que celle qui appartient très certainement à la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

L'article 12 de la *Pollution Control Act* est ainsi conçu:

[TRADUCTION] **12.** (1) Il peut y avoir appel

*a*) de toute ordonnance d'un fonctionnaire au directeur;

*b*) de toute ordonnance du directeur à la Commission; et

*c*) de toute ordonnance de la Commission au lieutenant-gouverneur en conseil, qui peut désigner un ou plusieurs membres du conseil exécutif de la province pour entendre l'appel et rendre une décision au nom du lieutenant-gouverneur en conseil, ou à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, au choix de l'appelant;

dans le présent article, l'expression «tribunal d'appel» désigne le directeur, la Commission, le lieutenant-gouverneur en conseil ou le ou les membres du conseil exécutif de la province désignés par le lieutenant-gouverneur en conseil pour entendre l'appel, ou la Cour suprême de la Colombie-Britannique, selon le cas, auprès de qui l'appel est interjeté.

(2) Tout appel d'une ordonnance d'un fonctionnaire ou du directeur doit être interjeté dans les quinze jours de la date de l'ordonnance et tout appel d'une ordonnance de la Commission doit être interjeté dans les trente jours de la date de l'ordonnance.

(3) L'appelant qui interjette appel en application du présent article doit donner un avis d'appel conformément aux instructions du fonctionnaire, du directeur ou de la Commission dont l'ordonnance est portée en appel.

(4) Avant d'entendre un appel, le tribunal d'appel peut exiger que l'appelant dépose auprès du tribunal d'appel toute somme que celui-ci juge suffisante pour garantir les coûts probables de l'appel pour le tribunal d'appel et l'intimé.

(5) Lors de tout appel, le tribunal d'appel peut se prononcer sur ce qui lui est soumis et rendre toute ordonnance qu'il estime juste et disposer de toute somme d'argent déposée par l'appelant en application du paragraphe (4).

(6) La décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, du lieutenant-gouverneur en conseil ou du ou des membres du conseil exécutif de la province désignés par le lieutenant-gouverneur en conseil pour entendre l'appel, selon le cas, est définitive.

(7) No appeal shall act as a stay of execution.

## Relevant History of the *Pollution Control Act*

Pollution of waters in the Province, including discharge of sewage or waste material was brought under statutory control in British Columbia under 1956 (B.C.), c. 36. The statute established a Pollution-control Board appointed by the Lieutenant-Governor in Council and vested in it a wide range of powers and duties as set out in s. 4. The powers and duties were enumerated as follows:

**4.** The Board shall have the following powers and duties:—

(*a*) To determine what qualities and properties of water shall constitute a polluted condition:

(*b*) To prescribe standards regarding the quality and character of the effluent which may be discharged into any of the waters within the area or areas under the jurisdiction of the Board:

(*c*) To conduct tests and surveys to determine the extent of pollution of any waters within the area or areas under the jurisdiction of the Board:

(*d*) To examine into all existing or proposed means for the disposal of sewage or other waste materials, or both, and to approve the plans and specifications for such works as are deemed necessary to prevent pollution of the waters of the area or areas:

(*e*) To notify all persons who discharge effluent into the said waters when the effluent fails to meet the prescribed standards:

(*f*) To order any person after six months from date of notification, or such longer period as may be determined by the Board, to increase the degree of treatment of the effluent or to alter the manner or point of discharge of the effluent being discharged by such person to bring the effluent up to the prescribed standards:

(*g*) To order any person who fails to comply with an order issued under clause (*f*) to cease discharging effluent into any waters in the area as and from a day in time specified in the order.

Discharge of sewage or other waste material into certain area of waters of the Province was prohibited without the permission of the Board

(7) Aucun appel n'entraîne sursis à exécution.

## Historique de la *Pollution Control Act*

En Colombie-Britannique, la province a légiféré sur la pollution des eaux, notamment le déversement d'égouts et de déchets, par le chapitre 36 des lois de 1956. La Loi crée une Commission de contrôle de la pollution, désignée par le lieutenant-gouverneur en conseil et lui accorde des pouvoirs et des fonctions considérables en vertu de l'art. 4. Les pouvoirs et fonctions sont énumérés de la façon suivante:

[TRADUCTION] **4.** La Commission a les pouvoirs et fonctions qui suivent:—

*a*) déterminer les caractéristiques de ce qui constitue de l'eau polluée;

*b*) prescrire des normes en ce qui regarde les caractéristiques des effluents qui peuvent être déversés dans les eaux du ou des territoires relevant de la Commission;

*c*) procéder à des analyses et à des enquêtes pour déterminer le degré de pollution des eaux du ou des territoires relevant de la Commission;

*d*) étudier tous les moyens présents ou projetés de déversement des égouts ou de tous autres déchets, approuver les plans et devis des ouvrages jugés nécessaires pour prévenir la pollution des eaux du ou des territoires;

*e*) aviser toutes les personnes qui déversent des effluents dans lesdites eaux quand ces effluents ne répondent pas aux normes prescrites;

*f*) ordonner à toute personne d'augmenter, après un délai de six mois de l'avis ou tout autre délai plus long que la Commission peut fixer, le degré de traitement des effluents, de modifier le mode ou le point de déversement des effluents que cette personne déverse de façon à les rendre conformes aux normes;

*g*) ordonner à quiconque ne se conforme pas à une ordonnance rendue en vertu de l'alinéa *f*) de cesser de déverser des effluents dans les eaux de tout territoire à compter du moment mentionné dans l'ordonnance.

Il est interdit de déverser des égoûts et d'autres déchets dans certains cours d'eau de la province sans l'autorisation de la Commission et on a érigé

and it was made an offence wilfully to violate the Act or any order of the Board or neglect to do any act or thing required to be done by the Board under the Act or under any order thereof. The areas under the Act were defined in s. 12(*a*) and added thereto were any area designated by the Lieutenant-Governor in Council. In addition, regulation making powers was in wide terms accorded to the Lieutenant-Governor in Council.

An additional power, relevant to this appeal, was the giving of a right of appeal to the Lieutenant-Governor in Council from any order, determination or decisions of the Pollution-control Board with finality of decision. No limitations were prescribed on the scope of the appeal authority save as to a thirty day period for bringing any appeal.

This Act, which became R.S.B.C. 1960, c. 289, was replaced by a more embracive statute by 1967 (B.C.), c. 34, the statute concerned in this appeal. This Act confirmed the Pollution Control Board and made it subject to the following power of the Lieutenant-Governor in Council, as set out in s. 3(3):

**3.** ...

(3) The Lieutenant-Governor in Council may direct the Board to inquire into, to determine causes of and remedies for any matter or matters relating to the polluted condition of water, land, or air, and

(*a*) to take such remedial action as the Board considers necessary in the public interest; or

(*b*) to report to the Lieutenant-Governor in Council, who may thereafter direct the Board to take whatever remedial action it considers necessary in the public interest.

The Board's powers were enlarged to include land and air as well as water and were specified as follows:

**4.** The Board has the following powers and duties:—

(*a*) To determine what qualities and properties of water, land, or air shall constitute a polluted condition:

(*b*) To prescribe standards regarding the quality and character of the effluent or contaminant which may be discharged into any waters, land, or air:

en infraction la transgression volontaire de la Loi ou de toute ordonnance de la Commission ou l'omission de faire ce que la Loi prescrit ou ce que la Commission ordonne en vertu de la Loi. Les territoires visés par la Loi sont indiqués à l'al. 12*a*); on y a ajouté tout autre territoire désigné par le lieutenant-gouverneur en conseil. De plus, la Loi confère au lieutenant-gouverneur en conseil des pouvoirs de réglementation étendus.

La Loi accorde un autre pouvoir qui a une incidence sur le présent pourvoi; c'est l'octroi d'un droit d'appel au lieutenant-gouverneur en conseil à l'encontre de toute ordonnance ou décision de la Commission de contrôle de la pollution sans possibilité d'appel ultérieur. La Loi n'impose pas de limite à la portée de la compétence d'appel, à l'exception d'un délai d'appel de trente jours.

Cette loi, devenue R.S.B.C. 1960, chap. 289, a été remplacée par une loi plus générale, 1967 (B.C.), chap. 34; c'est la Loi visée par le présent pourvoi. Cette loi reconduit la Commission de contrôle de la pollution et l'assujettit aux pouvoirs suivants du lieutenant-gouverneur en conseil énoncés au par. 3(3):

[TRADUCTION] **3.** ...

(3) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut ordonner à la Commission de faire enquête, de déterminer les causes et les remèdes de toute question relative à la pollution de l'eau, du sol ou de l'air et

*a*) de prendre les mesures correctives qu'elle estime nécessaires dans l'intérêt du public; ou

*b*) de faire rapport au lieutenant-gouverneur en conseil, qui peut ensuite donner comme directive à la Commission de prendre toute mesure corrective qu'elle estime nécessaire dans l'intérêt du public.

Les pouvoirs de la Commission, qui ont été étendus pour porter sur le sol et l'air aussi bien que sur l'eau, sont énoncés dans les termes suivants:

[TRADUCTION] **4.** La Commission a les pouvoirs et fonctions qui suivent:—

*a*) Déterminer les caractéristiques de l'eau, du sol ou de l'air pollués;

*b*) Prescrire les normes visant les caractéristiques des effluents ou des matières contaminantes qui peuvent être déversés dans l'eau, dans le sol ou dans l'air;

(*c*) To appoint such advisory or technical committees from time to time as may be deemed necessary to inform the Board with regard to whatever matters may be referred by the Board:

(*d*) To carry out any specified references or instructions made to the Board under subsection (3) of section 3.

Beyond this, the Act provided for the appointment of a Director of Pollution Control by the Pollution Control Board and required a permit from the Director for the discharge of effluent or other waste material on, in or under any land or water, subject to certain exceptions. An applicant for a permit was required to comply with the regulations and supply whatever plans, specifications or other information required by the Director. Regulation making power remained vested in the Lieutenant-Governor in Council whose authority was specified in s. 19 of the Act. Certain executive supervision over an application for a permit was set out in s. 5(4) and (5) of the Act (with certain later amendments) reading as follows:

**5.** ...

(4) Upon receipt of an application for a permit, the Director shall, within such period of time as may be prescribed in the regulations, forward a copy of the application to the Minister of Agriculture, the Minister of Health, and the Minister of Recreation and Conservation.

(5) The Minister of Agriculture, the Minister of Health, or the Minister of Recreation and Conservation may, within thirty days or within such longer time as may be fixed by the Director, file with the Director recommendations with respect to the application for a permit, and the Director shall give consideration to the recommendations.

Overall initial control over the discharge or emission of effluent or other waste material in land or in water or of any contaminant into the air is in the hands of the Director from whom a permit or approval is required, subject to certain exceptions. The wide powers of the Director are set out in s. 10, which is in these terms:

*c*) Nommer les commissions techniques ou consultatives qui peuvent être jugées nécessaires pour informer la Commission sur toute question qui peut lui être soumise;

*d*) Exécuter tous mandats ou instructions qui lui sont donnés en application du paragraphe (3) de l'article 3.

De plus, la Loi pourvoit à la nomination d'un directeur du contrôle de la pollution par la Commission de contrôle de la pollution et rend obligatoire, sous réserve de certaines exceptions, l'obtention d'un permis du directeur pour déverser tout effluent ou autres déchets à quelque endroit que ce soit à la surface ou sous la surface du sol ou de l'eau. Celui qui demande un permis est tenu de se conformer aux règlements et de fournir les plans et devis et toutes autres informations que le directeur peut exiger. Le pouvoir de réglementation est resté attribué au lieutenant-gouverneur en conseil dont la compétence est définie à l'art. 19 de la Loi. Les paragraphes (4) et (5) de l'art. 5 de la Loi prévoient une certaine surveillance exercée par les ministères sur les demandes de permis. Ces paragraphes (qui ont subi quelques modifications) se lisent ainsi:

[TRADUCTION] **5.** ...

(4) Sur réception d'une demande de permis, le directeur doit, dans les délais prescrits par les règlements, transmettre une copie de la demande au ministre de l'Agriculture, au ministre de la Santé et au ministre des Loisirs et de la Conservation.

(5) Le ministre de l'Agriculture, le ministre de la Santé ou le ministre des Loisirs et de la Conservation peuvent, dans un délai de trente jours ou un délai plus long que détermine le directeur, transmettre au directeur des recommandations relatives à la demande de permis et le directeur doit prendre ces recommandations en considération.

Initialement le contrôle général sur le déversement ou l'émission d'effluents ou de tous autres déchets dans le sol ou dans l'eau relève du directeur, dont il faut obtenir une approbation ou un permis, sauf dans certains cas. L'article 10 énonce les pouvoirs étendus du directeur:

**10.** The Director has all the powers necessary for carrying out the intent of this Act and, without limiting the generality of the foregoing, has power

(*a*) to determine what qualities and properties of water, land, or air shall constitute a polluted condition;

(*b*) to prescribe standards regarding the quality and character of the effluent, other waste materials, or contaminant which may be discharged or emitted into water, land, or air;

(*c*) to conduct tests and surveys to determine the extent of pollution of water, land, or air;

(*d*) to examine into all existing or proposed means for the disposal of sewage, waste materials, or contaminants, and to approve the plans and specifications for such works as are deemed necessary to prevent pollution of water, land, or air;

(*e*) to notify all persons who discharge effluent or waste, or emit contaminant into water, land, or air when the effluent, waste, or contaminant fails to meet the prescribed standards;

(*f*) to order any person to increase the degree of treatment of the effluent, waste, or contaminant or to alter the manner or point of discharge of the effluent or waste or emission of contaminant being discharged or emitted by that person on and from a date specified in the order;

(*g*) to order a person

(i) who causes a polluted condition as determined under paragraph (*a*), or

(ii) who fails to comply with an order issued under paragraph (*f*),

to cease discharging effluent or waste into water or on, in, or under land or emitting a contaminant into air, on and after a date specified in the order;

(*h*) to determine his own procedure; and

(*i*) to exercise any of the powers or duties conferred or imposed upon an officer under this Act or the regulations.

The Act also vests powers in officers whose appointment is provided by s. 9, as are the appointment of a Director or Assistant Director. Powers of an officer are specified in s. 11, which reads:

[TRADUCTION] **10.** Le directeur a tous les pouvoirs nécessaires pour l'exécution de la présente loi et, sans limiter la généralité de ce qui précède, il a les pouvoirs suivants:

*a*) déterminer les caractéristiques, de l'eau, du sol et de l'air pollués;

*b*) prescrire des normes en ce qui regarde les caractéristiques des effluents, des autres déchets, ou des matières contaminantes qui peuvent être déversés dans le sol ou dans l'eau ou émis dans l'air;

*c*) procéder à des analyses et à des enquêtes pour déterminer le degré de pollution de l'eau, du sol ou de l'air;

*d*) étudier tous les moyens présents et projetés de déversement des égouts, des déchets, ou des contaminants et approuver les plans et devis des ouvrages jugés nécessaires pour prévenir la pollution de l'eau, du sol et de l'air;

*e*) aviser toutes les personnes qui déversent des effluents ou des déchets ou émettent des contaminants dans l'eau, dans le sol ou dans l'air quand ces effluents, déchets ou contaminants ne répondent pas aux normes prescrites;

*f*) ordonner à toute personne d'augmenter le degré de traitement des effluents, déchets ou contaminants ou de modifier le mode ou le point de déversement des effluents, déchets ou contaminants que cette personne déverse à compter de la date mentionnée dans l'ordonnance;

*g*) ordonner à quiconque

(i) cause de la pollution de la façon mentionnée à l'alinéa *a*) ou

(ii) ne se conforme pas à une ordonnance délivrée en vertu de l'alinéa *f*),

de cesser de déverser des effluents ou déchets dans l'eau, à la surface ou sous la surface du sol, ou d'émettre des contaminants dans l'air à compter d'une date mentionnée dans l'ordonnance;

*h*) établir sa propre procédure; et

*i*) exercer tous les pouvoirs ou fonctions confiés à un fonctionnaire en vertu de la présente loi et des règlements.

La Loi accorde aussi des pouvoirs à des fonctionnaires dont la nomination est prévue à l'art. 9 qui pourvoit aussi à la nomination du directeur et du directeur adjoint. Les pouvoirs d'un fonctionnaire sont définis à l'art. 11, dont voici le texte:

**11.** In addition to all other powers given under this Act and the regulations, every officer

(*a*) may determine what constitutes a substantial alteration or impairment of the usefulness of land, water, or air;

(*b*) may enter at any time in and upon any land and premises to inspect, regulate, close, or lock any works or premises; and

(*c*) may order the repair, alteration, improvement, removal of, or addition to any works.

There is provision under s. 13 of the Act for the filing of an objection to the grant of a permit and it is left to the Director to determine whether to hold a hearing. Moreover, a person not qualified to make an objection to the Director may file one with the Board who will determine whether the public interest requires that the Director take the objection into consideration. The Board's decision in this respect is final and must be given effect by the Director. It is also provided that a public inquiry may be necessary for the proper determination of any matter within its jurisdiction. Finally, s. 21 imposes an obligation upon a person who would commence or carry on construction, alteration or extension of a sewage system to obtain a certificate from the Minister, the member of the Executive Council charged by the Lieutenant-Governor in Council with the administration of the Act.

This brings me to consider the appeal provisions under s. 12, provisions which already have been quoted. What the 1967 Act has done is to include the Supreme Court of British Columbia as an alternate appeal tribunal. It had not been included under the Act of 1956. Moreover, whereas the appeal to the Lieutenant-Governor in Council under the 1956 Act contained no directions, other than a time limitation, in dealing with an appeal, s. 12 of the present Act adds to each appeal tribunal a direction to make any order that to it appears just.

Whereas the Supreme Court of British Columbia is divorced entirely from the administration of the present Act, that is not so with respect to the Lieutenant-Governor in Council and some

[TRADUCTION] **11.** En plus de tous les autres pouvoirs accordés par la Loi et les règlements, tout fonctionnaire

*a*) peut déterminer ce qui constitue une modification ou diminution importante de l'utilité du sol, de l'air ou de l'eau;

*b*) peut, n'importe quand, pénétrer sur tout terrain ou dans tout local en vue d'inspecter, de réglementer, de clore ou de fermer à clé tout ouvrage ou local; et

*c*) peut ordonner de réparer, modifier, améliorer, enlever tout ouvrage ou d'y faire des ajouts.

L'article 13 de la Loi prévoit la possibilité de produire une opposition à l'attribution d'un permis et il revient alors au directeur de déterminer s'il y a lieu de tenir une audience. De plus, une personne qui n'est pas habilitée à présenter une opposition au directeur peut la produire auprès de la Commission qui juge alors si l'intérêt public exige que le directeur étudie l'opposition. La décision de la Commission à cet égard est définitive et le directeur doit s'y conformer. La Loi prévoit également qu'il peut être nécessaire de tenir une enquête publique pour bien trancher toute question relevant de la compétence de la Commission. Enfin, l'art. 21 impose l'obligation à toute personne qui est sur le point de commencer ou qui a entrepris la construction, la modification ou le prolongement d'un système d'égout, d'obtenir un certificat du ministre, membre du conseil exécutif désigné par le lieutenant-gouverneur en conseil pour administrer la Loi.

Cela m'amène à l'examen des dispositions d'appel de l'art. 12, dispositions déjà citées. La Loi de 1967 a ajouté la Cour suprême de la Colombie-Britannique comme autre juridiction d'appel. Elle n'était pas visée par la Loi de 1956. De plus, tandis que l'appel au lieutenant-gouverneur en conseil prévu dans la Loi de 1956 ne comportait pas de directives sur la façon de traiter un appel, si ce n'est un délai, l'art. 12 de la loi actuelle prescrit en outre à chacune des juridictions d'appel de rendre l'ordonnance qui lui paraît juste.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique est complètement étrangère à l'administration de la loi actuelle, mais il n'en va pas de même du lieutenant-gouverneur en conseil et de certains des

of the Ministers who are members. It is true that the Lieutenant-Governor in Council is not involved in day to day administration but it has an overall responsibility through members thereof and through its regulation making power. I do not therefore read the words "that to the appeal tribunal appears just" as enforcing a uniform approach, whether as to fact or otherwise. The Lieutenant-Governor in Council was an appeal tribunal, the only one, before the Supreme Court of British Columbia was prescribed as an alternate. There are no express directions in s. 12(5) that compel the Lieutenant-Governor in Council to yield to a purely judicial assessment of an appeal nor, in my opinion, does the word "just" compel such an assessment. Policy remains open to a body which is a policy-making tribunal.

I would add this as a summary. Of the four functions that are reposed in the Lieutenant-Governor in Council, only one relates to its appellate authority. The other three concern its administrative authority and include its appointing power, its regulation-making power and its directory and supervisory power. Its appellate authority, in the circumstances, does not stand as a detached power turning it into a purely judicial tribunal.

The Facts

On an application by the appellant, the Director of Pollution Control granted a permit to discharge sewage into a lagoon. The decision was appealed to the Pollution Control Board which set aside the decision of the Director and cancelled the permit. A further appeal was taken to the Lieutenant-Governor in Council which appointed three members of the Executive Council, each a Minister of the Crown, to hear the appeal. Not all of the members were lawyers. The Committee restored the decision of the Director but imposed certain conditions on the permit. Thereupon, a motion was made to the Supreme Court of British Columbia for judicial review on the ground, *inter alia*, that s. 12 of the *Pollution Control Act* was *ultra vires* in vesting appeal authority in the Lieutenant-

ministres qui en sont membres. En réalité, le lieutenant-gouverneur en conseil n'est pas mêlé à l'administration quotidienne de la Loi, mais il a une responsabilité globale par l'entremise de ces membres et par le biais de son pouvoir de réglementation. Je n'estime donc pas que les mots [TRADUCTION] «que le tribunal d'appel estime juste» exigent une façon uniforme d'aborder les faits ou autre chose. Le lieutenant-gouverneur en conseil constituait un tribunal d'appel, le seul, avant que la Cour suprême de la Colombie-Britannique ne soit désignée comme autre juridiction d'appel. Le paragraphe 12(5) ne contient aucune disposition expresse qui oblige le lieutenant-gouverneur en conseil à traiter l'appel selon des critères purement judiciaires pas plus, à mon avis, que le mot «juste» n'oblige à recourir à de tels critères. Il reste loisible à un tribunal ayant aussi des fonctions de régulation de se fonder sur les considérations de nature régulatrice.

Je résumerai la situation comme ceci: des quatre fonctions attribuées au lieutenant-gouverneur en conseil, une seule a trait à sa compétence d'appel. Les trois autres relèvent de sa compétence administrative et sont constituées de son pouvoir de nomination, de son pouvoir de réglementation et de son pouvoir de direction et de surveillance. Sa compétence d'appel, dans ces circonstances, ne se présente pas comme un pouvoir isolé qui en ferait un tribunal purement judiciaire.

Les faits

A la demande de l'appelant, le directeur du contrôle de la pollution a accordé un permis de déversement d'égouts dans un bassin d'oxydation. Cette décision a été portée en appel à la Commission de contrôle de la pollution qui a infirmé la décision du directeur et annulé le permis. L'affaire fut de nouveau portée en appel au lieutenant-gouverneur en conseil qui a désigné trois membres du conseil exécutif, tous ministres du gouvernement, pour entendre l'appel. Ces membres n'étaient pas tous avocats. Le comité a rétabli la décision du directeur, mais il a imposé certaines conditions à l'attribution du permis. Par la suite, il y a eu demande d'examen judiciaire à la Cour suprême de la Colombie-Britannique notamment pour le motif que l'art. 12 de la *Pollution Control*

Governor in Council and in its delegates. It was this application that came before Bouck J. and then before the British Columbia Court of Appeal.

This Court was informed that s. 12 (which later became s. 15 of R.S.B.C. 1979, c. 33) was repealed, with effect from January 1, 1982 in respect of that provision found to be *ultra vires*. In fact, the appeal provisions were repealed with respect to appeals to the Lieutenant-Governor in Council and the British Columbia Supreme Court, leaving appeals only to the Director or the Board. However, it was not contended that the issue now before this Court is moot. There are pending proceedings and existing decisions of the Lieutenant-Governor in Council whose validity depends on whether the judgments of the British Columbia Courts still stand.

The Constitutional Question

Leave to come to this Court was followed by an order fixing the following issue for determination:

> In light of the provisions of Section 96 of the *British North America Act*, is section 12 of the *Pollution Control Act*, S.B.C. 1967, *intra vires* the legislature of British Columbia insofar as it purports to confer on the Lieutenant Governor in Council jurisdiction to hear appeals from decisions of the Pollution Control Board?

Nothing in this case turns on s. 24 of the *Pollution Control Act* which prescribes this privative clause:

> **24.** Except as provided in this Act, no hearing, inquiry, investigation, proceeding, order, or decision of an engineer, the Director, the Board, the Lieutenant-Governor in Council, the member or members of the Executive Council of the Province delegated by the Lieutenant-Governor in Council under section 12, shall be questioned, reviewed, or restrained by injunction, prohibition, or other processes or proceedings in any court, or be removed by certiorari or otherwise into any court, save for excess or want of jurisdiction.

*Act* est inconstitutionnel pour autant qu'il confère une compétence d'appel au lieutenant-gouverneur en conseil et aux personnes qu'il désigne. C'est cette demande qui a été portée devant le juge Bouck et ensuite devant la Cour d'appel de la Colombie- Britannique.

On a signalé à cette Cour que l'art. 12 (devenu plus tard l'art. 15 des R.S.B.C. 1979, chap. 33) a été abrogé, à compter du 1er janvier 1982, pour ce qui est de la disposition jugée inconstitutionnelle. En réalité, les dispositions d'appel abrogées visaient les appels au lieutenant-gouverneur en conseil et les appels à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, laissant subsister seulement les appels au directeur et à la Commission. On n'a toutefois pas soutenu que la question soumise à cette Cour est devenue théorique. Il y a des procédures pendantes et des décisions antérieures du lieutenant-gouverneur en conseil dont la validité dépend du bien-fondé des décisions des cours de la Colombie-Britannique.

La question constitutionnelle

L'autorisation de pourvoi devant cette Cour a été suivie d'une ordonnance qui détermine la question suivante à laquelle la Cour doit répondre:

> Compte tenu de l'article 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique*, l'article 12 de la *Pollution Control Act*, S.B.C. 1967, est-il de la compétence de la législature de la Colombie-Britannique dans la mesure où il vise à attribuer au lieutenant-gouverneur en conseil compétence pour entendre des appels formés à l'encontre des décisions de la Pollution Control Board?

Rien en l'espèce ne dépend de l'art. 24 de la *Pollution Control Act* qui comporte la clause privative suivante:

> [TRADUCTION] **24.** Sauf dans la mesure prévue par la présente loi, aucune audition, enquête, investigation, procédure, ordonnance ou décision d'un ingénieur, du directeur, de la Commission, du lieutenant-gouverneur en conseil, du ou des membres du conseil exécutif de la province désignés par le lieutenant-gouverneur en conseil en application de l'article 12 ne peut être contestée, révisée ou écartée par injonction, prohibition ou tout autre recours ou procédure dans quelque cour que ce soit, ou être évoquée par *certiorari* ou autrement devant un autre tribunal, sauf pour excès ou absence de compétence.

Since it preserves the authority of the Courts to review any alleged excess or want of jurisdiction, it does not collide with this Court's decision in *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220. Section 24 does not, therefore, in itself offend s. 96 unless the vice arises under s. 12 of the *Pollution Control Act*.

If institutional considerations were alone to be considered, as explained in this Court's judgment in *Tomko v. Labour Relations Board (N.S.)*, [1977] 1 S.C.R. 112, and as further elaborated in *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, there could be no doubt of the validity of s. 12. An additional element in this connection is the observation of the Privy Council in *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ld.*, [1949] A.C. 134, that found support against the application of s. 96 in the fact that the challenged tribunal did not require nor have a complement of lawyers. This, of course, is the situation here with respect to the composition of the Lieutenant-Governor in Council.

The contention, however, is that the Lieutenant-Governor in Council is, with respect to its function as an appeal tribunal, in a detached position and to be assimilated in all respects to the British Columbia Supreme Court. An examination of s. 12(5) is said to give the two appeal tribunals authority to determine questions of law as well as questions of fact, and their judicial character is said to be emphasized by empowering them to make any order that appears "just". In my opinion, the assimilation of the Lieutenant-Governor in Council to the Supreme Court of British Columbia is overdrawn.

The former was in place in the administration of the Act before the British Columbia Supreme Court was introduced as an alternate appeal tribunal in 1967. (Although not necessary to come to such a conclusion, it appears to me that only one appeal is contemplated in respect of a decision of the Pollution Control Board, with the choice of appeal tribunal left to the appellant). The fact that either tribunal may be invoked does not command

Puisque cet article sauvegarde le contrôle judiciaire sur tout excès ou défaut allégué de compétence, il n'entre pas en conflit avec la décision de cette Cour dans l'affaire *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220. En soi, l'art. 24 ne contrevient donc pas à l'art. 96, à moins que le vice ne se rattache à l'art. 12 de la *Pollution Control Act*.

Si l'on ne tenait compte que de considérations d'ordre institutionnel, comme l'explique l'arrêt de cette Cour *Tomko c. Labour Relations Board (N.É.)*, [1977] 1 R.C.S. 112, et comme le fait mieux comprendre le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, il ne pourrait y avoir de doute que l'art. 12 est valide. Un élément de plus à cet égard se trouve dans la remarque du Conseil privé dans l'arrêt *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ld.*, [1949] A.C. 134, suivant laquelle il n'y avait pas lieu d'appliquer l'art. 96, parce qu'il n'était pas obligatoire que le tribunal contesté soit composé exclusivement d'avocats. C'est bien sûr la situation en l'espèce pour ce qui est de la composition du lieutenant-gouverneur en conseil.

On soutient cependant que, dans son rôle de tribunal d'appel, le lieutenant-gouverneur en conseil est dans une position détachée et qu'il faut l'assimiler, sous tous rapports, à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. On soutient que le par. 12(5) accorde aux deux tribunaux d'appel la compétence de statuer sur des questions de droit aussi bien que sur des questions de fait et que leur caractère judiciaire est souligné par la capacité qu'ils reçoivent de rendre toute ordonnance qu'ils estiment «juste». A mon avis, l'assimilation du lieutenant-gouverneur en conseil à la Cour suprême de la Colombie-Britannique est exagérée.

Le lieutenant-gouverneur en conseil tenait déjà un rôle dans l'application de la Loi avant que la Cour suprême de la Colombie-Britannique ne soit désignée comme autre cour d'appel en 1967. (Même s'il n'est pas nécessaire de tirer cette conclusion, il m'apparaît qu'un seul appel d'une décision de la Commission de contrôle de la pollution est prévu, pour lequel l'appelant a le choix du tribunal d'appel). Le fait que l'on puisse avoir

the same assessment of a decision brought to appeal. Indeed, in determining what appears "just", a Court may be less disposed than an executive agency to interfere with a discretionary order brought to appeal when the executive agency is clearly involved in the administration of the Act and the Court, apart from its appeal function, is clearly not.

It is here that the difference lies between counsel for the appellant and for the supporting interveners of Quebec, Saskatchewan and Alberta and counsel for the respondent. All counsel recognized that the mere assignment of a judicial function to an administrative agency does not turn the agency into a s. 96 court. This principle is at least as old as the *John East* case, *supra*. What this Court is asked to consider is whether there is an intertwined administration that would bring the administrative tribunal into a policy framework even if there be a judicial element in its operation. In my opinion, an affirmative answer should be given to this question. This case differs from *Attorney General of Quebec v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638, where the sole function of the Transport Tribunal on appeal from decisions of the Transport Commission was to rule on questions of law, in effect in substitution of the power in that respect formerly reposed in the Quebec Courts.

I have already examined the content and context of the *Pollution Control Act* as it relates to the Lieutenant-Governor in Council, and it is unnecessary to repeat what I have said about it and about the way it is interlocked with the operation of the Act and with the subordinate agencies to which the management of the Act is confided. The fact that the Lieutenant-Governor in Council is not involved in daily administration does not mean that it has no control. The control is sufficiently evident to mark it off from the Supreme Court of British Columbia.

recours à l'un ou à l'autre tribunal n'implique pas nécessairement un traitement semblable de la décision frappée d'appel. En effet, pour décider ce qu'elle estime «juste», une cour peut être moins portée qu'un organisme de l'exécutif à modifier une ordonnance discrétionnaire portée en appel, vu que l'organisme de l'exécutif est manifestement mêlé à l'administration de la Loi et que la Cour, sauf pour sa fonction d'appel, ne l'est manifestement pas.

C'est sur ce point que divergent d'avis l'avocat de l'appelant, ainsi que ceux des provinces intervenantes qui l'appuient, le Québec, la Saskatchewan et l'Alberta, et l'avocat des intimées. Tous les avocats reconnaissent que la seule attribution d'un rôle judiciaire à un organisme administratif n'en fait pas une cour visée par l'art. 96. Ce principe remonte au moins à l'arrêt *John East*, précité. Ce qu'on demande à cette Cour de déterminer, c'est s'il s'agit d'une administration entrelacée qui aurait l'effet de placer le tribunal administratif dans une structure régulatrice, même s'il y a un élément judiciaire dans son fonctionnement. A mon avis, il faut répondre à cette question par l'affirmative. L'espèce diffère de l'affaire *Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638, où le seul rôle du Tribunal des transports, en appel des décisions de la Commission des transports, était de statuer sur des questions de droit, ce qui lui conférait, en réalité, la compétence antérieurement attribuée aux cours du Québec à cet égard.

J'ai déjà examiné le cadre et le contenu de la *Pollution Control Act* pour autant qu'elle vise le lieutenant-gouverneur en conseil et il est inutile que je répète ce que j'ai dit à ce sujet et au sujet de la manière dont il est associé à l'administration de la Loi et aux organismes subordonnés auxquels l'administration de la Loi est confiée. Le fait que le lieutenant-gouverneur en conseil ne soit pas chargé de l'administration quotidienne de la Loi ne signifie pas qu'il n'a pas de pouvoir de contrôle. Le contrôle est suffisamment manifeste pour le distinguer de la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

Conclusion

It follows that this appeal should be allowed and the judgments below set aside. In the result the appeal decision of the designated members of the Executive Council stands. The constitutional question should be answered in the affirmative.

This is not a case for costs, *inter partes*, nor will there be any costs for the supporting interveners.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General for British Columbia, Victoria.*

*Solicitors for the respondents: Price, Boyes & Company, Victoria.*

Conclusion

Il s'ensuit qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi et d'infirmer les décisions des instances inférieures. En conséquence, la décision d'appel des membres désignés du Conseil exécutif est confirmée. Il y a lieu de répondre à la question constitutionnelle par l'affirmative.

Il n'y a pas lieu, en l'espèce, d'adjuger de dépens entre les parties et il n'y aura pas d'adjudication de dépens en faveur des intervenants.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelant: Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureurs des intimés: Price, Boyes & Company, Victoria.*

**Jan Piotr Kwiatkowsky** *Appellant*;

and

**Minister of Employment and Immigration** *Respondent*;

and

**Attorney General of Canada** *Mis en cause.*

File No.: 16239.

1982: May 13; 1982: December 21.

Present: Dickson, Estey, McIntyre, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Immigration — Convention refugee — Test applicable on redetermination of status — Immigration Act, 1976, 1976-77 (Can.), c. 52, s. 71.*

Appellant, following the Minister's rejection of his claim to convention refugee status, applied to the Immigration Appeal Board for a redetermination of the claim. The Board refused to let the application proceed, and the Federal Court of Appeal dismissed an application to review that decision. The issue in this Court related to the test to be applied under s. 71 of the *Immigration Act, 1976*: when could the Board, on the basis of the application and accompanying material referred to in that section, refuse to let the application proceed further and declare the applicant not a Convention refugee.

*Held*: The appeal should be dismissed.

The test of a balance of probabilities set out in *Lugano* is the correct one under the section. The Board must allow a claim to proceed if it is of the view that "it is more likely than not" that the applicant will be able to establish his claim in the hearing. A "seriously arguable" case is not simply good enough to satisfy s. 71.

*Lugano v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 2 F.C. 438; *Maslej v. Minister of Manpower and Immigration*, [1977] 1 F.C. 194; *Mensah v. Minister of Employment and Immigration*, F.C.A., No. A-527-79, May 2, 1980; *Villarroel v. Minister of Employment and Immigration*, F.C.A. No. A-573-78, March 23, 1979;

**Jan Piotr Kwiatkowsky** *Appelant*;

et

**Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration** *Intimé*;

et

**Le procureur général du Canada** *Mis en cause.*

N° du greffe: 16239.

1982: 13 mai; 1982: 21 décembre.

Présents: Les juges Dickson, Estey, McIntyre, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Immigration — Réfugié au sens de la Convention — Critère applicable au réexamen du statut de réfugié — Loi sur l'immigration de 1976, 1976-77 (Can.), chap. 52, art. 71.*

Après le rejet par le Ministre de sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention, l'appelant a présenté à la Commission d'appel de l'immigration une demande de réexamen de sa revendication. La Commission a refusé que la demande suive son cours et la Cour d'appel fédérale a rejeté une demande de révision de cette décision. La question soumise à cette Cour porte sur le critère applicable en vertu de l'art. 71 de la *Loi sur l'immigration de 1976*: quand la Commission peut-elle, en fonction de la demande et des documents qui l'accompagnent dont il est fait mention dans l'article, refuser que la demande suive son cours et déclarer que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention?

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

Le critère de probabilité énoncé dans l'arrêt *Lugano* est celui qui s'applique en vertu de l'article. La Commission doit laisser la demande suivre son cours si elle estime que le demandeur sera «probablement» en mesure d'établir le bien-fondé de sa demande à l'audition. Il ne suffit pas d'avoir une cause «fortement soutenable» pour satisfaire au critère de l'art. 71.

Jurisprudence: *Lugano c. Ministre de la Main d'oeuvre et de l'Immigration*, [1976] 2 C.F. 438; *Maslej c. Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*, [1977] 1 C.F. 194; *Mensah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, C.A.F. n° A-527-79, 2 mai 1980; *Villarroel c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*,

*Minister of Manpower and Immigration v. Fuentes*, [1974] 2 F.C. 331, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1980), 34 N.R. 237, dismissing an appeal from a decision of the Immigration Appeal Board. Appeal dismissed.

*Julius Grey*, for the appellant.

*Normand Lemyre*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The appellant was born in Oberstinebach, Germany, on June 1, 1945. He is a Polish citizen, married, and his wife and two children live in Poland. His parents are still alive and are also Polish citizens currently residing in Poland. His sister is a landed immigrant living in Canada.

After the completion of his schooling in Poland the appellant trained as a teacher and had taught in several schools in Poland prior to coming to Canada on May 30, 1977 to visit his sister. His visitor's visa authorized him to stay in Canada until August 30, 1977. However, his status as a visitor to this country was subsequently extended by the Canadian immigration authorities to August 11, 1978. On September 7, 1978 a report made pursuant to s. 27(2)(*e*) of the *Immigration Act, 1976*, 1976-77 (Can.), c. 52, was issued by Employment and Immigration Canada indicating that the appellant had entered Canada as a visitor and remained after his status as a visitor had terminated. An inquiry was held on December 17 and 18, 1978 and during that inquiry the appellant claimed that he was a Convention refugee as defined in s. 2(1) of the Act. The inquiry was immediately adjourned in accordance with s. 45(1) of the Act and an examination of the appellant under oath was held on April 20, 1979.

On November 14, 1979 the appellant was advised that the Minister of Employment and Immigration had determined that he was not a Convention refugee and the appellant thereupon applied to the Immigration Appeal Board under s. 70(1) of the Act for a redetermination of his claim

C.A.F. nº. A-573-78, 23 mars 1979; *Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration c. Fuentes*, [1974] 2 C.F. 331.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1980), 34 N.R. 237, qui a rejeté l'appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Commission d'appel de l'immigration. Pourvoi rejeté.

*Julius Grey*, pour l'appelant.

*Normand Lemyre*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—L'appelant est né à Oberstinebach, en Allemagne, le 1er juin 1945. Il est citoyen polonais, marié et sa femme et ses deux enfants vivent en Pologne. Ses parents vivent encore, ils sont aussi citoyens polonais et habitent la Pologne. Sa soeur est immigrante reçue et réside au Canada.

A la fin de ses études en Pologne, l'appelant a reçu une formation d'instituteur et a enseigné à plusieurs endroits, en Pologne, avant de venir au Canada, le 30 mai 1977, en visite chez sa soeur. Son visa de visiteur l'autorisait à demeurer au Canada jusqu'au 30 août 1977. Toutefois, les autorités de l'immigration canadienne ont par la suite prolongé son visa de visiteur jusqu'au 11 août 1978. Le 7 septembre 1978, Emploi et Immigration Canada a produit un rapport, en application de l'al. 27(2)*e*) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, 1976-77 (Can.), chap. 52 selon lequel l'appelant était entré au Canada à titre de visiteur et y était demeuré après l'expiration de sa qualité de visiteur. Il y a eu enquête les 17 et 18 décembre 1978 et pendant cette enquête l'appelant a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention suivant la définition du par. 2(1) de la Loi. L'enquête a immédiatement été reportée en application du par. 45(1) de la Loi et l'interrogatoire sous serment de l'appelant a été tenu le 20 avril 1979.

Le 14 novembre 1979, l'appelant a été avisé que le ministre de l'Emploi et de l'Immigration avait jugé qu'il n'était pas un réfugié au sens de la Convention et l'appelant, se prévalant du par. 70(1) de la Loi, a tout de suite présenté à la Commission d'appel de l'immigration une

to refugee status. The Board by order dated December 14, 1979 refused to allow the application to proceed and determined that the appellant was not a Convention refugee. The appellant applied to the Federal Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, for a review of the Board's decision but his application was dismissed. Leave to appeal to this Court was granted on October 20, 1980.

Counsel for the appellant submits that the Immigration Appeal Board applied the wrong test in reaching its decision that the appellant was not a Convention refugee and that the Federal Court of Appeal erred in confirming that test. He points out that the procedure under the Act when an applicant's claim to refugee status has been rejected by the Minister is rather unusual. While it gives him recourse to the Immigration Appeal Board for a "redetermination" of his refugee status, the recourse is neither an appeal in the ordinary sense nor is it judicial review. To appreciate his submission it is necessary to consider ss. 70 and 71 of the Act.

**70.** (1) A person who claims to be a Convention refugee and has been informed in writing by the Minister pursuant to subsection 45(5) that he is not a Convention refugee may, within such period of time as is prescribed, make an application to the Board for a redetermination of his claim that he is a Convention refugee.

(2) Where an application is made to the Board pursuant to subsection (1), the application shall be accompanied by a copy of the transcript of the examination under oath referred to in subsection 45(1) and shall contain or be accompanied by a declaration of the applicant under oath setting out

(*a*) the nature of the basis of the application;

(*b*) a statement in reasonable detail of the facts on which the application is based;

(*c*) a summary in reasonable detail of the information and evidence intended to be offered at the hearing; and

(*d*) such other representations as the applicant deems relevant to the application.

**71.** (1) Where the Board receives an application referred to in subsection 70(2), it shall forthwith consid-

demande de réexamen de sa revendication du statut de réfugié. Par ordonnance du 14 décembre 1979, la Commission a refusé que la demande suive son cours et décidé que l'appelant n'était pas un réfugié au sens de la Convention. L'appelant a demandé à la Cour d'appel fédérale, en application de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, la révision de la décision de la Commission, mais sa demande a été rejetée. L'autorisation de se pourvoir devant cette Cour a été accordée le 20 octobre 1980.

L'avocat de l'appelant soutient que la Commission d'appel de l'immigration a appliqué le mauvais critère pour décider que l'appelant n'était pas un réfugié au sens de la Convention et soutient que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en approuvant ce critère. Il souligne que la procédure prévue dans la Loi, lorsque la revendication du statut de réfugié par un requérant a été rejetée par le Ministre, est plutôt inhabituelle. Même si la Loi lui accorde un recours auprès de la Commission d'appel de l'immigration pour obtenir un réexamen de son statut de réfugié, le recours n'est ni un appel au sens ordinaire, ni un examen judiciaire. Pour bien comprendre ses prétentions, il est nécessaire d'étudier les art. 70 et 71 de la Loi.

**70.** (1) La personne qui a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention et à qui le Ministre a fait savoir par écrit, conformément au paragraphe 45(5), qu'elle n'avait pas ce statut, peut, dans le délai prescrit, présenter à la Commission une demande de réexamen de sa revendication.

(2) Toute demande présentée à la Commission en vertu du paragraphe (1) doit être accompagnée d'une copie de l'interrogatoire sous serment visé au paragraphe 45(1) et contenir ou être accompagnée d'une déclaration sous serment du demandeur contenant

*a*) le fondement de la demande;

*b*) un exposé suffisamment détaillé des faits sur lesquels repose la demande;

*c*) un résumé suffisamment détaillé des renseignements et des preuves que le demandeur se propose de fournir à l'audition; et

*d*) toutes observations que le demandeur estime pertinentes.

**71.** (1) La Commission, saisie d'une demande visée au paragraphe 70(2), doit l'examiner sans délai. A la suite

er the application and if, on the basis of such consideration, it is of the opinion that there are reasonable grounds to believe that a claim could, upon the hearing of the application, be established, it shall allow the application to proceed, and in any other case it shall refuse to allow the application to proceed and shall thereupon determine that the person is not a Convention refugee.

Counsel points out that when refugee status is claimed during an inquiry into the legality of a person's presence in Canada, s. 45 and the sections following provide for an examination of the claimant under oath by a senior immigration officer and the claimant is entitled to be represented by counsel. However, there is no provision for the calling of witnesses or the adducing of any other form of evidence. The transcript is then forwarded to the Minister in Ottawa who in turn is required to submit it to the Refugee Status Advisory Committee for advice. The decision, however, is the sole responsibility of the Minister. The claimant has no right to submit further evidence, make a personal appearance, request a hearing, or ask for reasons for the decision. Counsel also stresses that, although the Minister in making his decision may be exercising a purely administrative function, he is nonetheless subject to a duty to act fairly. He did not elaborate on the content of that duty.

Counsel further submits that a redetermination by the Board is a judicial or quasi-judicial function, the Board being designated a court of record under s. 65 of the Act with all the powers of a superior court as regards the attendance of witnesses and inspection of documents. However, the only material before the Board on an application for redetermination under s. 70 is the application accompanied by a copy of the transcript of the examination under oath plus a declaration of the applicant, also under oath, containing the matters identified in paras. (*a*) to (*d*) of subs. (2). Were it not for s. 71, counsel submits, an applicant for a redetermination would be entitled to a full oral hearing and the rules of natural justice would apply. Counsel says the key issue raised on this appeal therefore is the extent to which these rights are abrogated by s. 71 of the Act. Or to put it

de cet examen, la demande suivra son cours au cas où la Commission estime que le demandeur pourra vraisemblablement en établir le bien-fondé à l'audition; dans le cas contraire, aucune suite n'y est donnée et la Commission doit décider que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention.

L'avocat signale que lorsqu'une personne revendique le statut de réfugié au cours d'une enquête relative à la légalité de sa présence au Canada, les art. 45 et suivants disposent qu'un agent supérieur de l'Immigration doit interroger le demandeur sous serment et le demandeur a le droit d'être représenté par avocat. Toutefois il n'y est pas question d'interrogatoire de témoins ni de possibilité de présenter d'autre forme de preuve. La transcription de l'interrogatoire est transmise au Ministre, à Ottawa, et celui-ci doit la soumettre pour avis au conseil consultatif sur le statut de réfugié. La décision cependant relève uniquement du Ministre. Le demandeur n'a le droit ni de présenter de preuve supplémentaire, ni de comparaître en personne, ni de demander à être entendu, ni de demander les motifs de la décision. L'avocat souligne également que, même si en rendant sa décision le Ministre exerce peut-être une fonction purement administrative, il est quand même tenu d'agir équitablement. L'avocat n'a pas développé sa pensée sur le contenu de cette obligation.

L'avocat ajoute que le réexamen fait par la Commission est une fonction judiciaire ou quasi judiciaire parce que, en vertu de l'art. 65 de la Loi, la Commission est une cour d'archives qui a tous les pouvoirs d'une cour supérieure quant à la présence des témoins et à l'examen de documents. Cependant les seuls documents soumis à la Commission lors d'une demande de réexamen en vertu de l'art. 70 sont la demande, une copie de la transcription de l'interrogatoire sous serment et une déclaration, aussi sous serment, du requérant portant sur les objets mentionnés aux al. *a*) à *d*) du par. (2). S'il n'existait pas d'art. 71, d'après l'avocat, celui qui demande un réexamen aurait droit à une audition complète et les règles de justice naturelle s'appliqueraient. L'avocat affirme que la question fondamentale soulevée par le présent pourvoi est donc de savoir dans quelle mesure

another way, the question that must be answered is: when can the Board on the basis of the application and accompanying material referred to in the section refuse to let the application proceed further and declare the applicant not to be a Convention refugee and when must it allow it to proceed further? What is the test to be applied under s. 71?

Counsel for the appellant submits that in this and earlier cases the Federal Court of Appeal has applied what he called a "hard" test, namely that the Board should reject an application unless it is persuaded that the application "would more likely succeed than not". Counsel says that support for this test is found in a series of decisions of the Federal Court of Appeal, notably *Lugano v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 2 F.C. 438; *Maslej v. Minister of Manpower and Immigration*, [1977] 1 F.C. 194; *Mensah v. Minister of Employment and Immigration*[1] (unreported) and *Villarroel v. Minister of Employment and Immigration*[2]. (unreported). The test was expressed as follows by Pratte J. in *Villarroel*:

> In my view, section 71(1) requires the Board to refuse to allow the application to proceed not only when the Board is of opinion that there are no reasonable grounds to believe that the claim could be established but, also, when things are so evenly balanced that the Board cannot form an opinion on that point. In other words, under section 71(1), as I read it, the applicant does not have the benefit of the doubt; on the contrary, the doubt must be resolved against him.

The appeal in the instant case was heard by Pratte and Le Dain JJ. and Hyde D.J. and the reasons of the Court were given by Pratte J. He makes reference to the argument of counsel as follows:

> Counsel argued that, in those circumstances, the Board should have allowed the applicant's claim to proceed since, according to him, subsection 71(1) requires the Board to allow to proceed all claims that appear to it to be seriously arguable. Subsection 71(1), said counsel, must not be interpreted as permitting the Board to reject summarily a seriously arguable claim because such an

[1] File No. A-527-79, May 2, 1980.
[2] File No. A-573-78, March 23, 1979.

l'art. 71 de la Loi supprime ces droits. Autrement dit, la question à laquelle il faut répondre est la suivante: quand la Commission peut-elle, en fonction de la demande et des documents qui l'accompagnent conformément à l'article, refuser que la demande suive son cours et déclarer que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention et quand doit-elle accepter qu'elle suive son cours? Quel est le critère à appliquer en vertu de l'art. 71?

L'avocat de l'appelant soutient qu'en l'espèce et dans des causes antérieures, la Cour d'appel fédérale a appliqué ce qu'il a appelé un critère «sévère», savoir que la Commission doit rejeter une demande à moins qu'elle ne soit convaincue que la demande «a plus de chances d'être accueillie que rejetée». L'avocat affirme que ce critère se retrouve dans une série d'arrêts de la Cour d'appel fédérale, notamment *Lugano c. Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*, [1976] 2 C.F. 438; *Maslej c. Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*, [1977] 1 C.F. 194; *Mensah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*[1] (inédit) et *Villarroel c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*[2] (inédit). Le juge Pratte formule le critère comme ceci dans l'arrêt *Villarroel*:

> A mon avis, le paragraphe 71(1) exige que la Commission ne donne pas suite à la demande non seulement quand elle estime que le demandeur ne pourra vraisemblablement établir le bien-fondé de sa revendication, mais aussi quand le pour et le contre s'équilibrent au point que la Commission ne peut en arriver à une conclusion sur ce point. Tel que je comprends le paragraphe 71(1), le demandeur n'a pas le bénéfice du doute; au contraire, le doute doit s'interpréter contre lui.

En l'espèce, l'appel a été entendu par les juges Pratte et Le Dain et le juge suppléant Hyde et les motifs du jugement rédigés par le juge Pratte. Il relate la plaidoirie de l'avocat dans les termes suivants:

> L'avocat fait valoir que, dans les circonstances, la Commission aurait dû permettre que la demande du requérant suive son cours puisque, selon lui, le paragraphe 71(1) exige que la Commission permette à toute demande qui lui semble fortement soutenable de suivre son cours. Le paragraphe 71(1), selon lui, ne doit pas être interprété comme permettant à la Commission de

[1] N° du greffe A-527-79, 2 mai 1980.
[2] N° du greffe A-573-78, 23 mars 1979.

interpretation would deprive claimants of their right to a hearing in cases where such a hearing must be useful.

That contention must, in my view, be rejected. Not only does it not find support in previous decisions of the Court, but it is, in my opinion, irreconcilable with the language used in subsection 71(1). When both the English and French versions of that subsection are read, it becomes manifest that the Board is authorized to allow a claim to proceed only when it is of opinion that there are reasonable grounds to believe that the applicant will be able (not might be able) to establish his claim at the hearing; to put it in the words used by Mr. Justice Urie in *Lugano*, the Board must allow a claim to proceed if it is of the view that "it is more likely than not" that the applicant will be able to establish his claim at the hearing.

It will be convenient to quote here s. 71(1) in the French language:

**71.** (1) La Commission, saisie d'une demande visée au paragraphe 70(2), doit l'examiner sans délai. A la suite de cet examen, la demande suivra son cours au cas où la Commission estime que le demandeur pourra vraisemblablement en établir le bienfondé à l'audition; dans le cas contraire, aucune suite n'y est donnée et la Commission doit décider que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention.

The reference made by Mr. Justice Pratte to the French version is, I believe, a reference specifically to the words "... *pourra vraisemblablement en établir* ...". *Harrap's Standard French and English Dictionary* translates *vraisemblablement* as "probably" "very likely". *Pourra* is the future tense of the verb *pouvoir*. A literal translation therefore would be "... will probably be able to establish ...".

Mr. Justice Le Dain in his reasons, after referring to the unusual power conferred on the Board under the section "to determine at a preliminary stage, not whether there is an arguable case, but whether there is a probability or a likelihood of success, without knowing what a full hearing might add to the strength of the case", concludes that "the issue is whether the Board is able to form the affirmative opinion that the application is likely to succeed upon a full hearing". (Emphasis added.)

rejeter sommairement une demande très soutenable, puisqu'une telle interprétation priverait les demandeurs de leur droit à une audition lorsqu'une telle audition pourrait être utile.

A mon avis, cette prétention doit être rejetée. Non seulement elle n'est fondée sur aucune jurisprudence de la Cour, mais encore elle va, d'après moi, à l'encontre du texte même du paragraphe 71(1). Le rapprochement des versions anglaise et française démontre que la Commission est autorisée à donner suite à une demande seulement lorsqu'elle estime que le demandeur pourra (et non pourrait) établir à l'audition le bien-fondé de sa demande. Pour reprendre les termes utilisés par le juge Urie dans l'affaire *Lugano*, la Commission doit donner suite à une demande lorsqu'elle estime que le demandeur sera «probablement» en mesure d'établir le bien-fondé de sa demande à l'audition.

Il convient de citer à nouveau le texte du par. 71(1):

**71.** (1) La Commission, saisie d'une demande visée au paragraphe 70(2), doit l'examiner sans délai. A la suite de cet examen, la demande suivra son cours au cas où la Commission estime que le demandeur pourra vraisemblablement en établir le bien-fondé à l'audition; dans le cas contraire, aucune suite n'y est donnée et la Commission doit décider que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention.

Le renvoi du juge Pratte à la version française de l'article vise spécialement, je crois, les mots « ... pourra vraisemblablement en établir ... ». Le *Harrap's Standard French and English Dictionary* traduit «vraisemblablement» par *probably, very likely*. «Pourra» est le futur du verbe «pouvoir». La traduction littérale [du français à l'anglais] serait donc « ... *will probably be able to establish* ... ».

Après avoir fait allusion, dans ses motifs, aux pouvoirs inhabituels que l'article confère à la Commission de [TRADUCTION] «déterminer à un stade préliminaire non pas s'il existe une cause valable, mais s'il y a une probabilité ou une vraisemblance de succès, sans savoir ce qu'une audition complète pourrait ajouter aux arguments», le juge Le Dain, conclut que la question qui se pose est «de savoir si la Commission peut estimer que, à une audition devant la Commission, la demande va vraisemblablement aboutir». (C'est moi qui souligne.)

I have considered whether the members of the Federal Court of Appeal applied a harder test in this case than did the Appeal Board. The Board said:

> Considering the Record as a whole, the Board finds that Mr. Kwiatkowski, on his evidence, might be justified to feel that he was discriminated against in his position as a teacher because of his religious beliefs. However, there is no evidence of persecution. He was able, on his own evidence, to be married in the Catholic Church, baptized his children and, at the same time, to have his employment as teacher.
>
> The Board, therefore, after careful consideration of this application, is of the opinion that there are not reasonable grounds to believe that the claim could, upon the hearing of the application, be established, and thereupon determines that the applicant is not a Convention refugee.

The Board, in reaching this conclusion, reviewed the appellant's evidence in detail to determine whether or not he fell within the definition of a Convention refugee in s. 2 of the Act. The definition reads as follows:

> **2.** (1) In this Act,
>
> "Convention refugee" means any person who, by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,
>
> (*a*) is outside the country of his nationality and is unable or, by reason of such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or
>
> (*b*) not having a country of nationality, is outside the country of his former habitual residence and is unable or, by reason of such fear, is unwilling to return to that country;

The Board then found that the crucial requirement for refugee status was that the person have "a well-founded fear of persecution". He may as a subjective matter fear persecution if he is returned to his homeland but his fear must be assessed objectively in order to determine if there is a foundation for it. The Board therefore reviewed his claim to have a well-founded fear of persecution for reasons of political opinion and concluded that there was no evidence to support that claim. It then considered whether he had a well-founded fear of persecution for reasons of religion and

Je me suis demandé si les juges de la Cour d'appel fédérale ont appliqué un critère plus sévère en l'espèce que ne l'a fait la Commission d'appel. La Commission a dit:

> Compte tenu du dossier dans son ensemble, la Commission conclut que M. Kwiatkowski, d'après sa déposition, pourrait être fondé à croire qu'il a fait l'objet de discrimination dans son poste d'enseignant du fait de ses convictions religieuses. Cependant, il n'y a aucune preuve de persécution. Il a lui-même déclaré dans son témoignage qu'il avait pu se marier dans une église catholique, faire baptiser ses enfants et, en même temps, garder son emploi d'enseignant.
>
> Par conséquent, après un examen attentif de cette demande, la Commission estime que le demandeur ne pourra vraisemblablement établir le bien-fondé de la revendication à l'audition; elle décide donc que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention.

Pour arriver à cette conclusion, la Commission a étudié en détail le témoignage de l'appelant pour déterminer s'il satisfaisait à la définition de réfugié au sens de la Convention que donne l'art. 2 de la Loi. La définition se lit ainsi:

> **2.** (1) Dans la présente loi
>
> «réfugié au sens de la Convention» désigne toute personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques
>
> *a*) se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays, ou
>
> *b*) qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner;

La Commission a conclu que l'élément essentiel pour qu'une personne obtienne le statut de réfugié est qu'elle «[craigne] avec raison d'être persécutée». Elle peut entretenir une crainte subjective de persécution si elle retourne dans son pays, mais sa crainte doit être appréciée de façon objective pour déterminer si elle est fondée. La Commission a donc examiné la prétention de l'appelant suivant laquelle il craignait avec raison d'être persécuté pour des motifs d'opinions politiques et a conclu qu'aucun élément de preuve n'étayait sa prétention. Elle s'est ensuite demandé s'il craignait avec

found that that too was unsupported by the evidence. Nor was it impressed by his claim based on *The Gazette*'s having mentioned in an article that he had at one time requested political asylum in Canada, which was apparently established to be untrue. The Board was of the opinion that that could not make him a "refugee" within the definition in the absence of any evidence that a fear of persecution could reasonably be founded on such a publication.

There is no doubt that the Board found as a fact that, while there was evidence to support discrimination against the appellant because of his religious beliefs, there was no evidence on which he could reasonably found a fear of persecution on grounds of his religious beliefs or political opinions. These were findings which it was open to the Board to make on the material before it. Accordingly, the Board formed the opinion that there were not "reasonable grounds to believe that his claim could be established". In my opinion it is impossible to ascertain from the Board's decision whether, when it quoted the word "could" from the English version of the section, it was talking possibility or probability. In other words, to use Mr. Justice Pratte's language, it is not clear whether the Board was talking "might" or "will". The English section is, I believe, susceptible of either interpretation. I cannot accept the submission of the respondent that the requirement of "reasonable grounds" imports probability rather than possibility into the word "could" in the English version. There may be reasonable grounds for believing that a claim could possibly be established and reasonable grounds for believing that a claim could probably be established. The use of the phrase "reasonable grounds" in my view is neutral as far as the proper interpretation of the word "could" is concerned.

The French version does, however, shed some light on the problem through the use of the word *vraisemblablement*. I think this makes it clear the Legislature had probabilities in mind rather than

raison d'être persécuté pour des motifs religieux et a, encore là, conclu que la preuve ne justifiait pas une telle crainte. La Commission n'a pas été non plus convaincue par sa prétention fondée sur l'article de *The Gazette* selon lequel il aurait, à un moment donné, demandé l'asile politique au Canada; ce qui était apparemment faux. La Commission a exprimé l'avis que cela n'en faisait pas un «réfugié» au sens de la définition étant donné l'absence de toute preuve que la crainte de persécution pouvait raisonnablement découler d'une telle publication.

Il n'y a pas de doute que la Commission a constaté que même s'il y avait des éléments de preuve de l'existence d'une discrimination à l'égard de l'appelant à cause de ses croyances religieuses, aucun élément de preuve ne pouvait raisonnablement justifier chez lui une crainte de persécution en raison de ses croyances religieuses ou de ses opinions politiques. Ce sont là des conclusions auxquelles la Commission pouvait arriver étant donné la preuve qui lui a été soumise. En conséquence la Commission a estimé que le demandeur «ne pourra vraisemblablement pas établir le bien-fondé de la revendication». A mon avis, il est impossible de savoir si, dans sa décision, la Commission visait, en citant le mot *could* de la version anglaise de l'article, une possibilité ou une probabilité. Autrement dit, selon les termes du juge Pratte, il n'est pas clair si la Commission voulait dire «pourrait» ou «pourra». Je crois que la version anglaise de l'article peut donner lieu aux deux interprétations. Je ne puis accepter la prétention de l'intimé selon laquelle l'exigence qu'il y ait des *reasonable grounds* ajoute une idée de probabilité plutôt que de possibilité dans le mot *could* de la version anglaise. Il peut y avoir des motifs raisonnables de croire qu'il serait possible d'établir le bien-fondé de la revendication et des motifs raisonnables de croire qu'il serait probable de l'établir. A mon avis, l'emploi de l'expression *reasonable grounds* n'a aucune incidence sur la bonne interprétation du mot *could*.

La version française éclaire quelque peu la question en employant le mot «vraisemblablement». Je crois que cela indique clairement que le législateur visait plutôt des probabilités que des possibilités.

possibilities. I believe therefore that the test of a balance of probabilities set out in *Lugano (supra)* is the correct one under the section. Mr. Justice Pratte, in making reference to a different test in *Minister of Manpower and Immigration v. Fuentes*, [1974] 2 F.C. 331, was not in my opinion addressing his mind at that point to the issue of the proper test to be applied but was simply summarizing the various stages of the process. I do not think the appellant can take much comfort from his comments in that case. The *Fuentes* case is, however, a significant decision on the need for hard evidence of conditions in the homeland to support a "well-founded" fear of persecution, the kind of evidence which the Board apparently found lacking in this case.

To return then to the issue at hand: did the Federal Court of Appeal apply the wrong test in reviewing the decision made by the Board under s. 71 of the Act? I address myself to the reasons of Mr. Justice Pratte which were concurred in by Mr. Justice Hyde. Mr. Justice Pratte clearly rejected the test advanced by counsel for the appellant, namely that all claims that appear to the Board "to be seriously arguable" should be allowed to proceed. I think he was correct in rejecting that test on the ground that it is irreconcilable with the statutory language, particularly the French version. I do, however, have some difficulty with the concluding part of his reasons where he says:

> When both the English and French versions of that subsection are read, it becomes manifest that the Board is authorized to allow a claim to proceed only when it is of opinion that there are reasonable grounds to believe that the applicant will be able (not might be able) to establish his claim at the hearing; to put it in the words used by Mr. Justice Urie in *Lugano*, the Board must allow a claim to proceed if it is of the view that "it is more likely than not" that the applicant will be able to establish his claim at the hearing.

From what I have already said it will be apparent that I believe that Mr. Justice Urie's statement of the test in *Lugano* is the correct one. To the extent, if any, that Mr. Justice Pratte's use of the expression "will be able" without qualification imports a higher test than a mere balance of

Je crois donc que le critère de probabilité énoncé dans l'arrêt *Lugano* (précité), est celui qui s'applique en vertu de l'article. En mentionnant un critère différent, dans l'arrêt *Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration c. Fuentes*, [1974] 2 C.F. 331, le juge Pratte ne visait pas, à mon avis, la question du critère à appliquer, mais il résumait simplement les diverses étapes du processus. Je ne crois pas que l'appelant puisse tirer grand avantage des observations du juge Pratte. L'arrêt *Fuentes* est cependant une décision importante quant à la nécessité d'une preuve sérieuse des conditions qui prévalent dans le pays d'origine de la personne et qui pourraient l'inciter à craindre «avec raison» la persécution, précisément le type de preuve que la Commission a estimé absente en l'espèce.

Revenons à la question posée par le présent pourvoi, la Cour d'appel fédérale a-t-elle appliqué le mauvais critère dans sa révision de la décision rendue par la Commission en application de l'art. 71 de la Loi? Je me reporte aux motifs du juge Pratte auxquels le juge Hyde a souscrit. Le juge Pratte a manifestement rejeté le critère proposé par l'avocat de l'appelant, c'est-à-dire que la Commission devrait laisser toute demande qui lui paraît «fortement soutenable» suivre son cours. Je crois qu'il a eu raison de rejeter ce critère parce qu'il est incompatible avec le texte de la Loi, notamment avec sa version française. Je comprends difficilement cependant la dernière partie de ses motifs, où il dit:

> Le rapprochement des versions anglaise et française démontre que la Commission est autorisée à donner suite à une demande seulement lorsqu'elle estime que le demandeur pourra (et non pourrait) établir à l'audition le bien-fondé de sa demande. Pour reprendre les termes utilisés par le juge Urie dans l'affaire *Lugano*, la Commission doit donner suite à une demande lorsqu'elle estime que le demandeur sera «probablement» en mesure d'établir le bien-fondé de sa demande à l'audition.

Il ressort de ce que j'ai déjà dit que je crois que la formulation du critère énoncé par le juge Urie dans l'arrêt *Lugano* est la bonne. Pour autant que l'emploi par le juge Pratte du mot «pourra», sans réserve, comporte un critère plus exigeant qu'un simple critère de probabilité, il n'est pas conforme

probabilities, it does not square with the test in *Lugano* and in my opinion would have to be rejected. I do not believe, however, that even if there is a disparity in the two ways in which the learned Justice framed the test, it vitiates his reasons since in my view the Court was clearly correct on the language of the section in importing the concept of probability into the appellant's chances of success on a full hearing. A "seriously arguable" case is simply not good enough under the section. Mr. Justice Le Dain was in agreement with his colleagues on that point. The Board had reached the opinion on the material before it that there were not reasonable grounds to believe that the appellant's claim could be established. The Federal Court of Appeal concurred in that finding. Whether the Board had in mind "could possibly" or "could probably", it does not assist the appellant. Indeed, he would be worse off if the Board had formed the opinion that there were not reasonable grounds to believe that his claim could possibly be established. And this might well be so in view of its finding of no evidence to support a well-founded fear of persecution on any of the bases put forward.

Having concluded then that the Federal Court of Appeal committed no reversible error in the test it applied in reviewing the decision of the Immigration Appeal Board, I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Gareau, Grey & Pohoryles, Montreal.*

*Solicitor for the respondent: Normand Lemyre, Montreal.*

au critère énoncé dans l'arrêt *Lugano* et doit, à mon avis, être rejeté. Je ne crois pas cependant que, même s'il y a une différence entre les deux façons dont le savant juge a énoncé le critère, cela entache ses motifs puisqu'à mon avis la Cour a manifestement bien interprété le texte de l'article en recourant à l'idée de probabilité quant aux chances de succès de l'appelant lors d'une audition complète. Il ne suffit tout simplement pas d'avoir, en vertu de l'article, une cause «fortement soutenable». Le juge Le Dain a exprimé son accord avec ses collègues sur ce point. La Commission est venue à la conclusion, vu la preuve qui lui était soumise, que l'appelant ne pourrait vraisemblablement pas établir le bien-fondé de sa revendication. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette conclusion. Que la Commission ait pensé *could possibly* ou *could probably*, cela ne vient pas en aide à l'appelant. En réalité il serait dans une situation bien plus précaire si la Commission avait estimé qu'il ne pourrait vraisemblablement pas établir le bien-fondé de sa revendication. Et ce pourrait bien être le cas, étant donné la conclusion de la Commission qu'aucun élément de preuve ne justifiait qu'il craigne avec raison d'être persécuté pour aucun des motifs invoqués.

Puisque je conclus que la Cour d'appel fédérale n'a pas commis d'erreur donnant lieu à cassation quant au critère qu'elle a appliqué pour contrôler la décision de la Commission d'appel de l'immigration, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant: Gareau, Grey & Pohoryles, Montréal.*

*Procureur de l'intimé: Normand Lemyre, Montréal.*

**Travelers Insurance Company of Canada** (*Garnishee—Respondent*) *Appellant*;

and

**Polydore Corriveau** *(Plaintiff ès-qualités—Appellant)*

and

**Serge Péloquin** *(Defendant—Respondent) Respondents.*

File No.: 16160.

1982: March 18; 1982: December 21.

Present: Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Insurance — Motor vehicle accident — Damages — Insurance contract — Nature of additional indemnity under art. 1056c C.C. — Civil Code, art. 1056c.*

Pursuant to a judgment against its insured, appellant paid the maximum amount of $35,000 provided for in the contract, plus costs and interest from the date of service. However, appellant refused to pay the indemnity awarded under the second paragraph of art. 1056c of the *Civil Code*, arguing that under the contract it only had to pay "interest accrued on the amount of its guarantee from the date when the action was instituted". The Superior Court ruled in favour of appellant, but the Court of Appeal reversed the judgment: hence this appeal.

*Held* (McIntyre and Lamer JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Beetz, Estey and Chouinard JJ.: The interest which appellant undertook to pay is necessarily the interest which the insured may be ordered to pay; this interest is necessarily that provided for in art. 1056c *C.C.*; it is in reality damages due to delay; the indemnity contemplated in the second paragraph of that article, determined in the same way as the "interest" in the first paragraph, namely by means of a percentage of the capital sum awarded, is of the same nature as the "interest" mentioned in the first paragraph; and this indemnity is therefore included in the interest which appellant undertook to pay by its policy. The *Highway Victims Indemnity Fund v. Martineau*, [1978] 1 S.C.R. 247, is not conclusive in the case at bar.

**Compagnie d'assurance Travelers du Canada** (*Tierce-saisie—Intimée*) *Appelante*;

et

**Polydore Corriveau** (*Demandeur ès-qualités—Appelant*)

et

**Serge Péloquin** (*Défendeur—Intimé*) *Intimés.*

N° du greffe: 16160.

1982: 18 mars; 1982: 21 décembre.

Présents: Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Assurance — Accident d'automobile — Dommages — Contrat d'assurance — Nature de l'indemnité supplémentaire de l'art. 1056c C.c. — Code civil, art. 1056c.*

A la suite d'un jugement condamnant son assuré, l'appelante a versé la somme maximum prévue au contrat d'assurance, soit $35,000, plus les dépens et les intérêts depuis l'assignation. Toutefois, l'appelante a refusé de payer l'indemnité prévue au deuxième alinéa de l'art. 1056c du *Code civil* prétextant, qu'en vertu du contrat d'assurance, elle ne devait acquitter que «les intérêts ayant couru sur le montant de sa garantie depuis l'institution de la demande en justice». La Cour supérieure a statué en faveur de l'appelante mais la Cour d'appel a infirmé le jugement. D'où ce pourvoi.

*Arrêt* (les juges McIntyre et Lamer sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*Les* juges Beetz, Estey et Chouinard: Les intérêts que l'appelante s'est engagée à acquitter sont nécessairement les intérêts que l'assuré peut être condamné à payer; ces intérêts sont nécessairement ceux prévus à l'art. 1056c *C.c.*; ceux-ci sont en réalité un dommage dû au retard; l'indemnité visée au deuxième alinéa du même article, déterminée de la même façon que les «intérêts» du premier alinéa, soit au moyen d'un pourcentage du montant accordé en capital, calculé sur une base annuelle, est de la même nature que les «intérêts» visés au premier alinéa; par conséquent cette indemnité est comprise dans les intérêts que l'appelante s'est engagée à payer par sa police. L'arrêt *Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile c. Martineau*, [1978] 1 R.C.S. 247, n'est pas déterminant en l'espèce.

*Per* McIntyre and Lamer JJ., *dissenting*: This Court decided in *Highway Victims Indemnity Fund v. Martineau*, [1978] 1 S.C.R. 247, that the word "interest" in s. 14 of the *Highway Victims Indemnity Act* does not include the indemnity provided for in the second paragraph of art. 1056c *C.C.* This interpretation will apply to any insurance contract containing a clause written in almost identical terms, and that is the case here. Quite apart from that case, the wording of the insurance contract cannot be disregarded. It is not possible, as the Court of Appeal did, to characterize the indemnity and interest of art. 1056c as moratory damages and then give the word "interest" the meaning of moratory damages when it is used elsewhere, as here in an insurance contract.

[*R. v. Nord-Deutsche Versicherungs Gesellschaft*, [1971] S.C.R. 849, considered; *Highway Victims Indemnity Fund v. Martineau*, [1978] 1 S.C.R. 247, distinguished; *Girard v. Lavoie*, [1975] C.A. 904; *Trottier v. British American Oil Co.*, [1977] C.A. 576; *Voyageur (1969) Inc. v. Ally*, [1977] C.A. 581; *Lauzière v. Demers*, [1977] R.P. 120 (C.A.), referred to.]

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1980] C.A. 4, reversing a judgment of the Superior Court, [1978] C.S. 5. Appeal dismissed, McIntyre and Lamer JJ. dissenting.

*Alain Létourneau, Q.C.*, and *Pierre Morin*, for the appellant.

*Louis M. Cossette*, for the respondent Corriveau.

English version of the judgment of Beetz, Estey and Chouinard JJ. delivered by

CHOUINARD J.—I have read the reasons for judgment of Lamer J. However, I have come to the opposite conclusion, that the appeal should be dismissed for the following reasons.

In my opinion, the only question raised by this appeal, and I say so with respect, is that stated by Mayrand J.A., who wrote the unanimous judgment of the Court of Appeal, namely: [TRANSLATION] "What is the nature of the additional indemnity awarded under the second paragraph of article 1056c of the *Civil Code*?"

*Les* juges McIntyre et Lamer, *dissidents*: Cette Cour a décidé dans *Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile c. Martineau*, [1978] 1 R.C.S. 247, que le mot «intérêt» de l'art. 14 de la *Loi de l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile* n'inclut pas l'indemnité prévue au deuxième alinéa de l'art. 1056c *C.c.* Cette interprétation vaut pour tout contrat d'assurance contenant une clause formulée en termes à peu près identiques à l'art. 14. C'est le cas en l'espèce. Indépendamment de cet arrêt, on ne peut faire violence au texte du contrat d'assurance. On ne peut comme l'a fait la Cour d'appel, qualifier l'indemnité et les intérêts de l'art. 1056c de dommages moratoires pour ensuite donner au mot «intérêt» lorsqu'il est employé ailleurs, comme ici dans un contrat d'assurance, le sens de dommages moratoires.

[Jurisprudence: arrêt examiné: *R. c. Nord-Deutsche Versicherungs-Gesellschaft*, [1971] R.C.S. 849; distinction faite avec l'arrêt *Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile c. Martineau*, [1978] 1 R.C.S. 247; arrêts mentionnés: *Girard c. Lavoie*, [1975] C.A. 904; *Trottier c. British American Oil Co.*, [1977] C.A. 576; *Voyageur (1969) Inc. c. Ally*, [1977] C.A. 581; *Lauzière c. Demers*, [1977] R.P. 120 (C.A.).]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1980] C.A. 4, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1978] C.S. 5. Pourvoi rejeté, les juges McIntyre et Lamer sont dissidents.

*Alain Létourneau, c.r.*, et *Pierre Morin*, pour l'appelante.

*Louis M. Cossette*, pour l'intimé Corriveau.

Le jugement des juges Beetz, Estey et Chouinard a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—J'ai pris connaissance des motifs de jugement du juge Lamer. J'arrive pour ma part à la conclusion opposée que le pourvoi doit être rejeté pour les motifs suivants.

La seule question que pose ce pourvoi, je le dis avec égard, est, à mon avis, celle énoncée par le juge Mayrand qui a écrit l'arrêt unanime de la Cour d'appel, soit: «Quelle est la nature de l'indemnité supplémentaire accordée en vertu du deuxième alinéa de l'article 1056c du *Code civil*?»

Article 1056c of the *Civil Code* provides:

**1056c.** The amount awarded by judgment for damages resulting from an offence or a quasi-offence shall bear interest at the legal rate as from the date when the action at law was instituted.

There may be added to the amount so awarded an indemnity computed by applying to the amount, from such date, a percentage equal to the excess of the interest rate fixed according to section 53 of the Revenue Department Act (Revised Statutes, 1964, chapter 66) over the legal interest rate.

The facts are not in dispute. Following a highway accident in which Joseph Corriveau lost his life, respondent Polydore Corriveau, in his capacity as tutor for the victim's minor children, obtained a judgment against respondent Péloquin for the sum of $53,353.32 [TRANSLATION] "with interest from the date of service plus the indemnity provided for in article 1056c of the *Civil Code*, and costs". This judgment was affirmed by the Court of Appeal.

Appellant, the insurer of respondent Péloquin, paid on the latter's behalf the maximum amount of $35,000 provided for in the contract, interest on that amount at the legal rate of 5 per cent and costs.

Respondent Corriveau then proceeded by a garnishment in the hands of appellant. The latter stated that it had discharged in full the obligations which it had under its insurance contract. Respondent Corriveau contested this negative declaration, contending that appellant owed in addition the indemnity provided for in the second paragraph of art. 1056c *C.C.*

Respondent Corriveau's action was dismissed in the Superior Court and allowed in the Court of Appeal. The latter found appellant's negative declaration to be incorrect and ordered it to pay [TRANSLATION] "the additional indemnity" which respondent Péloquin "was himself ordered to pay in accordance with art. 1056c C.C." Hence this appeal.

The gist of the relevant clauses of the insurance contract is as follows:

L'article 1056c du *Code civil* dispose:

**1056c.** Le montant accordé par jugement pour dommages résultant d'un délit ou d'un quasi-délit porte intérêt au taux légal depuis la date de l'institution de la demande en justice.

Il peut être ajouté au montant ainsi accordé une indemnité calculée en appliquant à ce montant, à compter de ladite date, un pourcentage égal à l'excédent du taux d'intérêt fixé suivant l'article 53 de la Loi du ministère du revenu (Statuts refondus, 1964, chapitre 66) sur le taux d'intérêt légal.

Les faits ne sont pas en litige. A la suite d'un accident de la route dans lequel Joseph Corriveau a perdu la vie, l'intimé Polydore Corriveau a, en qualité de tuteur aux enfants mineurs de la victime, obtenu un jugement contre l'intimé Péloquin pour une somme de $53,353.32 «avec intérêts depuis l'assignation plus l'indemnité prévue à l'article 1056c du *Code civil* et les dépens». Ce jugement fut confirmé par la Cour d'appel.

L'appelante, assureur de l'intimé Péloquin, a versé à l'acquit de ce dernier la somme maximum de $35,000 prévue au contrat, les intérêts sur cette somme au taux légal de 5 pour 100 et les dépens.

L'intimé Corriveau procéda alors par voie de saisie-arrêt entre les mains de l'appelante. Cette dernière déclara avoir acquitté en totalité les obligations qui lui incombaient en vertu de son contrat d'assurance. L'intimé Corriveau contesta cette déclaration négative, affirmant que l'appelante devait en plus l'indemnité prévue au deuxième alinéa de l'art. 1056c *C.c.*

Débouté en Cour supérieure, l'intimé Corriveau obtint gain de cause en Cour d'appel. Celle-ci a déclaré inexacte la déclaration négative de l'appelante à laquelle elle a ordonné de payer «l'indemnité supplémentaire» que l'intimé Péloquin «a été lui-même condamné à payer conformément à l'art. 1056c C.c.» D'où ce pourvoi.

Voici, dans leurs parties essentielles, les clauses pertinentes du contrat d'assurance:

[TRANSLATION]

**CHAPTER A—CIVIL LIABILITY**

The Insurer guarantees the Insured [ . . . ] against the pecuniary consequences of the civil liability which the Insured may incur as a result of the ownership, use or operation of the insured vehicle, and by reason of bodily injuries or material damages sustained by third parties . . .

. . .

**ADDITIONAL GUARANTEES**

**In accordance with the provisions of this chapter, the Insurer further undertakes:**

. . .

(4) to pay the costs of any proceeding at law defended by it, and interest accrued on the amount of its guarantee from the date when the action was instituted;

At the hearing appellant raised orally in this Court for the first time a new argument not put forward in the lower courts. This argument may be summarized as follows: this is a contract and the interest which appellant undertook to pay on behalf of its insured is to be found in the contract. Appellant, its counsel argued, undertook to pay [TRANSLATION] "interest accrued on the amount of its guarantee from the date when the action was instituted". In his submission, therefore, it is the interest on its guarantee that appellant undertook to pay, not the interest which the insured was ordered to pay. In such circumstances, the nature of the indemnity provided for in the second paragraph of art. 1056c *C.C.* is immaterial, for it is in the contract and in the contract alone that the meaning of the word "interest" is to be found. The rate of interest is not specified in the contract, and since this is an action in contract, it is s. 3 of the *Interest Act*, R.S.C. 1970, c. I-18, which applies, and the rate is 5 per cent per annum.

In my view this reasoning cannot be accepted for two reasons which are apparent merely from reading the contract. Appellant guarantees respondent [TRANSLATION] "against the pecuniary consequences of the civil liability which the Insured may incur". These pecuniary consequences comprise the capital sum of $35,000, costs of any proceeding at law defended by the insurer and interest. The latter must be a pecuniary conse-

**CHAPITRE A—RESPONSABILITÉ CIVILE**

L'Assureur garantit l'Assuré [ . . . ] contre les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile que l'Assuré peut encourir du fait de la propriété, de l'usage ou de la conduite du véhicule assuré et en raison de dommages corporels ou matériels subis par des tiers . . .

. . .

**GARANTIES SUBSIDIAIRES**

**Dans le cadre du présent chapitre, l'Assureur s'engage de plus:**

. . .

(4) A acquitter les frais de tout procès pris en charge par lui, ainsi que les intérêts ayant couru sur le montant de sa garantie depuis l'institution de la demande en justice;

A l'audition l'appelante a, pour la première fois, soulevé oralement devant cette Cour un nouveau moyen non invoqué devant les autres cours. Cet argument peut se résumer ainsi: il s'agit d'un contrat et c'est dans le contrat que l'on doit trouver quels sont les intérêts auxquels l'appelante s'est engagée envers son assuré. L'appelante, dit son procureur, s'est engagée à acquitter «les intérêts ayant couru sur le montant de sa garantie depuis l'institution de la demande en justice.» Ce sont donc, dit-il, les intérêts sur sa garantie que l'appelante s'est engagée à payer et non pas les intérêts auxquels l'assuré peut être condamné. Dans ces circonstances, peu importe la nature de l'indemnité prévue au deuxième alinéa de l'art. 1056c *C.c.*, car c'est dans le contrat et dans le contrat seulement que l'on doit trouver le sens du mot «intérêts». Dans le contrat le taux d'intérêt n'est pas spécifié et puisque l'on est en matière contractuelle, c'est l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt*, S.R.C. 1970, chap. I-18, qui s'applique, et le taux est de 5 pour 100 par an.

A mon avis ce raisonnement ne peut être retenu pour deux raisons qui apparaissent à l'étude même du contrat. C'est «contre les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile que l'Assuré peut encourir» que l'appelante garantit l'intimé. Ces conséquences pécuniaires comprennent à la fois une somme de $35,000 en capital, les frais de tout procès pris en charge par l'assureur et des intérêts. Ceux-ci doivent être une conséquence pécuniaire

quence of the liability incurred by the insured, which implies an obligation imposed on to the latter to pay interest.

Additionally, the interest which appellant undertook to make good is [TRADUCTION] "interest accrued on the amount of its guarantee from the date when the action was instituted". It is therefore when an action is brought against the insured that the obligation to pay interest arises, as does the obligation of the insurer to pay interest accrued from the date on which an action was instituted. No one would argue that the insurer must pay interest if, at the end of the trial, the action against the insured is dismissed, or that the insurer must pay interest on the balance of its guarantee if the judgment rendered against the insured is for an amount less than that of the guarantee. The clause contains the words [TRANSLATION] "on the amount of its guarantee" in order to limit to this amount that on which the insurer may be required to pay interest: there can be no question of the insurer paying interest on a capital sum exceeding the amount of its guarantee.

In my view it is unquestionably the interest which the insured may be ordered to pay that the insurer has undertaken to make good, limited needless to say to interest on the capital award in fact made, but only up to the amount of the guarantee, which in the case at bar is $35,000.

It thus becomes necessary to consider the source of this pecuniary consequence for the insured, that is the source of the insured's obligation to pay interest. This source is art. 1056c, added to the *Civil Code* in 1957, and it is therefore the interest contemplated by this article which the insurer has undertaken to make good.

The first paragraph creates no difficulty in view of the way in which it is worded and the use of the word "interest". A judgment against the insured carries with it an obligation to pay this interest, and by its contract the insurer has undertaken to make good this interest as a pecuniary consequence of the civil liability of the insured.

It is however necessary to examine the nature of the indemnity provided for in the second para-

de la responsabilité encourue par l'assuré, ce qui suppose une obligation faite à ce dernier de payer des intérêts.

Par ailleurs, les intérêts que l'appelante s'est engagée à acquitter sont «les intérêts ayant couru sur le montant de sa garantie depuis l'institution de la demande en justice». C'est donc à l'occasion d'une demande en justice contre l'assuré que naît l'obligation de celui-ci de payer des intérêts et l'obligation de l'assureur d'acquitter les intérêts courus depuis l'institution de la demande en justice. Personne n'irait prétendre que l'assureur soit tenu de payer des intérêts si, à l'issue du procès, l'action contre l'assuré était rejetée, non plus que l'assureur soit tenu de payer des intérêts sur le solde de sa garantie si le jugement prononcé contre l'assuré est pour un montant moindre que celui de la garantie. La clause comprend les mots «sur le montant de sa garantie» afin de limiter à celui-ci le montant sur lequel l'assureur peut être tenu de payer des intérêts, car il ne saurait être question pour l'assureur de payer des intérêts sur un montant capital excédant le montant de sa garantie.

C'est, à mon avis, indiscutablement les intérêts auxquels l'assuré peut être condamné que l'assureur s'est engagé à acquitter, limités, il va sans dire, aux intérêts sur le montant capital auquel l'assuré est de fait condamné jusqu'à concurrence seulement du montant de la garantie, en l'espèce, $35,000.

Il devient donc nécessaire de considérer la source de cette conséquence pécuniaire pour l'assuré, savoir la source de l'obligation de l'assuré de payer des intérêts. Cette source est l'art. 1056c ajouté au *Code civil* en 1957. Ce sont donc les intérêts visés par cet article que l'assureur s'est engagé à acquitter.

Le premier alinéa ne crée pas de difficulté vu sa formulation et l'utilisation du mot «intérêt». La condamnation de l'assuré emporte pour lui l'obligation de payer ces intérêts et l'assureur par son contrat s'est engagé à les acquitter comme conséquence pécuniaire de la responsabilité civile de l'assuré.

Il est toutefois nécessaire d'examiner la nature de l'indemnité prévue au deuxième alinéa afin de

graph, to determine whether it is different or whether it should be treated in a similar fashion to the interest provided for in the first paragraph.

To this end, it is necessary to determine what constitutes interest under the first paragraph.

What the first paragraph in fact provides for is not interest strictly speaking, but an indemnity for delay. There can be no question in a case involving an offence or quasi-offence of interest before judgment, since the damages are not liquidated. This is where the first paragraph of art. 1056c comes in: it provides that the amount awarded shall bear interest and fixes the date from which it begins to run at the date when the action at law was instituted.

What is referred to as interest is more precisely damages due to delay, which the legislator chose to express in terms of a percentage of the capital amount awarded, computed on a yearly basis. It should be added that these damages are awarded for the delay from the time the action was instituted until judgment is rendered. Interest on the judgment itself, once it is rendered, is not at issue here.

In *R. v. Nord-Deutsche Versicherungs-Gesellschaft*, [1971] S.C.R. 849, this Court had to determine whether the federal government, which had been held liable for a delict in its capacity as the employer of negligent employees, could be ordered to pay the interest mentioned in the first paragraph of art. 1056c *C.C.* No mention was made of the second paragraph, which was not in effect at the time in question.

As it is established that interest may not be allowed against the Crown unless this is required by contract or provided for by statute, the Court had to determine whether this provision of art. 1056c *C.C.* applied to a claim against the federal government under the *Crown Liability Act*, 1952-53 (Can.), c. 30 (now R.S.C. 1970, c. C-38).

The following are the observations made by Pigeon J., at pp. 880-84, in this passage which I feel must be cited in full:

déterminer si elle est différente ou si elle doit être assimilée aux intérêts prévus au premier alinéa.

A cette fin il faut voir ce que constituent les intérêts prévus au premier alinéa.

Ce que prévoit en fait le premier alinéa, ce ne sont pas à proprement parler des intérêts, mais une indemnité pour le retard. En matière de délits et de quasi-délits il ne peut en effet être question d'intérêts avant jugement puisque les dommages-intérêts ne sont pas liquidés. C'est ici qu'intervient le premier alinéa de l'art. 1056c, qui décrète que le montant accordé porte intérêt et qui fixe le point de départ à la date de l'institution de la demande en justice.

Ce qui est appelé intérêt est plus exactement un dommage dû au retard dont le législateur a voulu qu'il soit établi sous forme d'un pourcentage du montant accordé en capital, calculé sur une base annuelle. Il faut ajouter que ce dommage est attribué pour le retard depuis l'institution de l'action jusqu'au jugement. Les intérêts sur le jugement lui-même, une fois qu'il est rendu, ne sont pas en cause ici.

Dans *R. c. Nord-Deutsche Versicherungs-Gesellschaft*, [1971] R.C.S. 849, cette Cour avait à déterminer si l'administration fédérale, tenue responsable d'un délit en qualité de commettant de préposés fautifs, pouvait être condamnée à payer ces intérêts du premier alinéa de l'art. 1056c *C.c.* Il n'était pas question du deuxième alinéa lequel n'était pas en vigueur à l'époque pertinente.

Etant de règle que le trésor public ne peut être appelé à payer des intérêts que si il s'y est engagé par contrat ou si un texte de loi le prévoit, il s'agissait de déterminer si cette disposition de l'art. 1056c *C.c.* s'applique à une réclamation contre l'administration fédérale en vertu de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, 1952-53 (Can.), chap. 30 (maintenant S.R.C. 1970, chap. C-38).

Voici ce qu'en dit le juge Pigeon, aux pp. 880 à 884, dans ce passage que je crois nécessaire de citer au complet:

The next issue to be considered is the allowance of interest of 5 per cent on the amount recoverable, from the date of the filing of the petition of right. The trial judge gave this by application of art. 1056*c* C.C.:

> 1056*c*. The amount awarded by judgment for damages resulting from an offence or a quasi-offence shall bear interest at the legal rate as from the date when the action at law was instituted.

The only question is whether this provision is properly applicable to a claim against the Crown by virtue of *The Crown Liability Act*. I do not find it necessary to review the numerous authorities that were relied on, the basic principle is, in my view, established as follows by the judgment of this Court in *The King v. Carroll*, [1948] S.C.R. 126 at 132, [1948] 2 D.L.R. 705:

> It is settled jurisprudence that interest may not be allowed against the Crown, unless there is a statute or a contract providing for it.

Nothing else than art. 1056*c* was relied on as so providing and the only question is whether it is applicable under *The Crown Liability Act*. The applicability of the article is disputed on two grounds:

1. that it is not in respect of liability for damages in delicts or quasi-delicts;

2. that its enactment is subsequent to the enactment of *The Crown Liability Act*.

On the first point, one must start from the premise that s. 3 of that Act provides that "the Crown is liable in tort for the damages for which, if it were a private person of full age and capacity, it would be liable . . . ". By virtue of the definition section, "tort" in respect of any matter arising in the Province of Quebec, means "delict or quasi-delict". On that basis, it is clear that art. 1056*c* can have application only if it is to be characterized as an enactment pertaining to liability for damages in delicts or quasi-delicts.

It must first be noted that when enacted, art. 1056*c* was inserted in the Code as the last provision under the heading "Offences and Quasi-Offences", in French "Des Délits et Quasi-Délits". However, the wording is "The amount awarded by judgment for damages . . . shall bear interest". Does this mean that the provision really is with respect to interest, not with respect to liability for damages? Such a construction would be unduly literal. It would lose sight of the fact that the so-called interest is in fact nothing but a part of the compensation allowed to the successful claimant. Prop-

L'autre point à examiner c'est l'allocation d'un intérêt de 5 pour cent sur le montant recouvrable, à compter de la date du dépôt de la pétition de droit. C'est en se fondant sur l'art. 1056*c* C.C. que le juge de première instance l'a accordée:

> 1056*c*. Le montant accordé par jugement pour dommages résultant d'un délit ou d'un quasi-délit porte intérêt au taux légal depuis la date de l'institution de la demande en justice.

La seule question est celle de savoir si cette disposition s'applique à une réclamation contre l'administration fédérale en vertu de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*. Je ne crois pas nécessaire de passer en revue les nombreux ouvrages et arrêts qu'on nous a cités; à mon avis, le principe fondamental a été établi comme suit, par l'arrêt de cette Cour, *Le Roi c. Carroll*, [1948] R.C.S. 126 à 132, [1948] 2 D.L.R. 705:

> [TRADUCTION] Il est bien réglé par la jurisprudence qu'on ne peut accorder de l'intérêt contre le trésor public, à moins qu'une loi ou un contrat ne le prévoie; . . .

A part l'art. 1056*c* C.C., aucune disposition à cet effet n'a été invoquée; il s'agit simplement de déterminer si cet article s'applique en vertu de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*. Son application est contestée pour deux raisons:

1. il ne viserait pas la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle pour dommages;

2. il a été décrété après l'adoption de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*.

Quant au premier argument, il faut d'abord retenir que l'art. 3 de la loi édicte que «la Couronne est responsable *in tort* des dommages dont elle serait responsable, si elle était un particulier en état de majorité et capacité . . . ». Selon l'article des définitions, «acte préjudiciable» («tort»), relativement à toute matière surgissant dans la province de Québec, signifie un «délit ou quasi-délit». Il est donc clair que l'art. 1056*c* ne peut s'appliquer que s'il est considéré comme une disposition relative à la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle pour dommages.

Il y a lieu, tout d'abord, de remarquer que lorsqu'il a été décrété, l'art. 1056*c* a été placé dans le Code comme le dernier, sous la rubrique, «Des délits et quasi-délits», en anglais «Of Offences and Quasi-Offences». Toutefois, les termes employés sont les suivants: «Le montant accordé par jugement pour dommages . . . porte intérêt». Cela veut-il dire que cette disposition se rapporte vraiment à l'intérêt et non à la responsabilité pour dommages? Une telle interprétation serait par trop littérale. On perdrait de vue que ce qui est appelé intérêt n'est, en réalité, rien d'autre qu'une partie de l'indemnité accor-

erly speaking, a judgment cannot bear interest before it is rendered. Up to that time, there is in the case of unliquidated damages such as those resulting from a delict or quasi-delict, no fixed sum or debt on which interest can run. The so-called interest is really a part of the judgment debt that is established at the time when the amount is fixed and this debt is made up of

(*a*) the damages assessed without taking into account the prejudice suffered by the delay in the payment resulting from the necessity of instituting proceedings not merely for recovering the debt but for establishing it;

(*b*) 5 per cent per annum on (*a*) from the date of the institution of the proceedings to the date of the judgment, as compensation for the delay.

In determining the legal nature of the enactment in question it is, I think, proper to consider that Parliament has, to the exclusion of the provincial legislatures, sole jurisdiction over interest. Therefore, if art. 1056*c* was to be characterized as legislation on interest, it would be invalid. Although by claiming interest at 5 per cent from the date of the institution of the proceedings the suppliants clearly indicated that they were relying on this provision, no question was raised respecting its constitutional validity. In *Lynch v. The Canada North-West Land Co.* (1891), 19 S.C.R. 204, this Court held that legislation directing an additional 10 per cent to be added on municipal taxes unpaid by a certain date was not in relation to interest. It is true that in that case, the word "interest" was not used and the amount did not accrue day by day. Nevertheless, the principle established was that the addition of a percentage on account of delay in the payment of taxes was considered as legislation in relation to taxes, not as legislation in respect of interest. This principle was carried to its logical conclusion and applied to interest on municipal bonds in the case of *Ladore v. Bennett*, [1939] A.C. 468, [1939] 3 D.L.R. 1, [1939] 3 All E.R. 98, [1939] 2 W.W.R. 566, 21 C.B.R. 1, when the rate of interest was affected by municipal amalgamation legislation. This was held to be municipal law. However, it was held otherwise when the Province of Alberta attempted to reduce by one half the interest on certain provincial guaranteed securities. (*Trustees of Lethbridge Irrigation District v. Independent Order of Foresters*, [1940] A.C. 513, [1940] 1 W.W.R. 502, [1940] 2 All E.R. 220, [1940] 2 D.L.R. 273).

Of course, special considerations apply in the construction of constitutional provisions and it often happens that a given word is not to be ascribed the same

dée au réclamant. A proprement parler, un jugement ne peut pas porter intérêt avant d'être rendu. Jusque là, lorsqu'il s'agit de dommages non liquidés comme ceux qui résultent d'un délit ou d'un quasi-délit, il n'existe aucune somme ou dette déterminée sur laquelle l'intérêt peut courir. Ce qu'on dit être un intérêt est en fait une partie de la dette établie par le jugement lorsque le montant est fixé; cette dette comprend:

(*a*) le montant alloué pour les dommages compte non tenu du préjudice découlant du retard à payer du fait que des procédures ont dû être instituées non seulement pour recouvrer le montant de la dette mais pour le déterminer;

(*b*) 5 pour cent l'an sur le montant mentionné dans le par. (*a*), à compter de la date à laquelle les procédures ont commencé jusqu'à la date du jugement, à titre d'indemnité pour le retard.

En déterminant la nature juridique de cette disposition, il convient, je crois, de tenir compte du fait que le Parlement seul peut légiférer en matière d'intérêt, à l'exclusion des législatures provinciales. Par conséquent, si l'art. 1056*c* était qualifié législation sur l'intérêt, il ne serait pas valide. Bien qu'en réclamant un intérêt de 5 pour cent à compter de la date où les procédures ont commencé, les requérantes aient clairement montré qu'elles s'appuient sur cette disposition, sa constitutionnalité n'a pas été contestée. Dans l'arrêt *Lynch c. The Canada North-West Land Co.* (1891), 19 R.C.S. 204, cette Cour a décidé qu'une loi ordonnant d'ajouter aux taxes municipales qui n'ont pas été payées à une date déterminée un montant additionnel de 10 pour cent n'était pas relative à l'intérêt. Il est vrai que dans ce cas-là, le terme «intérêt» n'était pas utilisé et le montant ne s'acquérait pas jour par jour. Néanmoins, on a établi le principe que l'addition d'un pourcentage pour retard à payer des taxes est considéré comme législation relative aux taxes et non à l'intérêt. On a donné à ce principe sa conséquence logique en l'appliquant à l'intérêt d'obligations municipales dans l'arrêt *Ladore v. Bennett*, [1939] A.C. 468, [1939] 3 D.L.R. 1, [1939] 3 All E.R. 98, [1939] 2 W.W.R. 566, 21 C.B.R. 1, alors qu'une loi sur la fusion de municipalités avait modifié le taux d'intérêt. Il a été décidé que c'était du droit municipal. Toutefois, il a été jugé autrement lorsque la province d'Alberta a voulu réduire de moitié l'intérêt de certaines valeurs mobilières garanties par elle (*Trustees of Lethbridge Irrigation District v. Independent Order of Foresters*, [1940] A.C. 513, [1940] 1 W.W.R. 502, [1940] 2 All E.R. 220, [1940] 2 D.L.R. 273.)

Bien sûr, des considérations particulières s'appliquent lorsqu'il s'agit de l'interprétation de dispositions constitutionnelles; il arrive souvent qu'on ne doive pas donner

meaning in a federal statute as in the BNA Act (see for instance *Mitchell v. Tracey* (1919), 58 S.C.R. 640 at 650, 31 C.C.C. 410, 46 D.L.R. 520). However, on this point the problem is one of characterization in a context in which, in my view, it seems proper to be guided by similar principles in deciding whether art. 1056*c* C.C. is legislation in respect of liability for damages in delicts and quasi-delicts or in relation to "interest". Furthermore, to characterize it as legislation in respect of interest would imply that it is constitutionally invalid in a case in which its constitutional validity is not questioned. It might be noted that no such question arose in the case of *Toronto Ry. v. City of Toronto*, [1906] A.C. 117, 75 L.J.P.C. 36, referred to by the learned trial judge in a foot-note at p. 239. The statute in that case was a reproduction of a pre-Confederation statute, such as is the case for the original Quebec *Civil Code*.

Although not directly applicable because they were made in an Admiralty case, the following observations of Lord Selborne in the *Khedive* case (1882), 7 App. Cas. 795 at 803, [1881-5] All E.R. 342, might be noted respecting the legal characterization of interest on claims for unliquidated delictual damages:

> The computation of interest by the registrars, in cases of this class, might, at first sight, seem to imply that there was, in that stage, an ascertained judgment debt, carrying interest. But I think this cannot be a correct view, whatever (in other respects) may be the effect of the decrees under which the Registrars acted. It does not appear to have been the general course of the Court that those decrees should contain any direction as to interest; and I think it more probable that the principle on which interest was computed under them is that mentioned by Mr. Sedgwick in his book on Damages (chapter 15, pp. 373 and 385-7), where he treats of the power of a jury to allow interest, as in the nature of damages, for the detention of money or property improperly withheld, or to punish negligent, tortious, or fraudulent conduct; the destruction of or injury to property involving the loss of any profit which might have been made by its use or employment.

In this case Pigeon J. dissented in part. However, the majority also directed the federal government to pay the interest provided for in the first paragraph of art. 1056c. Ritchie J. wrote, for the majority, at p. 864:

le même sens à un certain terme selon qu'il se trouve dans une loi fédérale ou dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (voir à titre d'exemple l'arrêt *Mitchell c. Tracey* (1919), 58 R.C.S. 640 à 650, 31 C.C.C. 410, 46 D.L.R. 520). Cependant, il s'agit ici d'un problème de qualification dans un contexte où, à mon avis, il semble opportun de suivre des principes semblables pour décider si l'art. 1056*c* C.C. se rapporte à la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle pour dommages ou à l'«intérêt». De plus, si on le qualifiait législation relative à l'intérêt, il en découlerait qu'il serait jugé inconstitutionnel dans une affaire où sa constitutionnalité n'est pas contestée. Il est bon de noter qu'aucune question semblable ne s'est posée dans l'arrêt *Toronto Ry v. City of Toronto*, [1906] A.C. 117, 75 L.J.P.C. 36, cité par le savant juge de première instance dans une note en bas de la page 239. Dans cette cause-là, la loi reproduisait une loi d'avant la Confédération, comme l'est le *Code civil* du Québec (texte originaire).

Les observations suivantes de Lord Selborne dans l'arrêt *Khedive* (1882), 7 App. Cas. 795 à 803, [1881-5] All E.R. 342, même si elles ne sont pas directement applicables parce qu'elles ont été faites dans une affaire de droit maritime, semblent à retenir sur la qualification juridique de l'intérêt dans des réclamations pour dommages délictuels non liquidés:

> [TRADUCTION] Le calcul de l'intérêt par les registraires, dans les cas de ce genre, pourrait, à première vue, donner à croire qu'il y a, à ce stade, une dette à quotité déterminée établie par jugement et portant intérêt. Mais je crois que ce point de vue n'est pas le bon, quel que puisse être l'effet (à d'autres égards) des ordonnances en vertu desquelles les registraires ont agi. Il ne semble pas que la pratique de la Cour ait été de donner dans ces ordonnances une directive quant à l'intérêt; je crois plus probable que le principe d'après lequel l'intérêt a été calculé en vertu de celles-ci est celui que mentionne M. Sedgwick dans son ouvrage On Damages (chapitre 15, pp. 373 et 385-7), où il traite du pouvoir d'un jury d'accorder de l'intérêt à titre de dommages pour la détention d'argent ou de biens illégitimement retenus ou pour punir une conduite négligente, délictuelle ou frauduleuse, la destruction de biens ou leur endommagement comportant la perte d'un profit qui aurait pu être réalisé par leur utilisation ou leur emploi.

Le juge Pigeon dans cette affaire était dissident en partie. Cependant, la majorité a également condamné l'administration fédérale à payer les intérêts prévus au premier alinéa de l'art. 1056c. Le juge Ritchie écrit, au nom de la majorité à la p. 864:

The damages should bear interest at the rate of 5 per cent from the day of the deposit of the Petition of Right in accordance with the provisions of art. 1056c C.C., s. 3(1)(*a*) and 2(*d*) of the *Crown Liability Act*, 1952-53 (Can.), c. 30 and s. 3 of the *Interest Act*, R.S.C. 1952, c. 156. In this regard I agree with the careful reasoning of the learned trial judge at pages 232 to 240 of his reasons for judgment.

In his reasons adopted by a majority of this Court, Noël J., at first instance, concluded that ss. 3 and 2(*d*) of the *Crown Liability Act* (*supra*) made art. 1056c applicable to the federal government. He wrote *inter alia* at p. 239:

It would, I should think, take clearer language than this [s. 18 of the *Crown Liability Act*] to set aside the right of a claimant from Quebec to obtain compensation for the damages and interest he is entitled to obtain under the laws of that Province and to which the *Crown Liability Act* refers in order to create the liability of the Crown in such cases. After a careful consideration of this matter, I can indeed reach no other conclusion without disregarding the clear language used in section 3(1)(*a*) and (*b*) and 2(*d*) of the Act. The suppliants will, therefore, be entitled to interest from the date of the deposit of their petition of right at a rate of five per cent (5%) which is the legal rate mentioned in Art. 1056 C.C.

There is a conflict between the reasons of Pigeon J. and those of Noël J. as to the applicability of certain judgments referred to by the latter and the proposition stated by him, that art. 1056c does not create a new right, but only clarifies the way in which the courts must give effect to an existing right. However, in my opinion there is no conflict as to the view taken of art. 1056c by Pigeon J., which is not dealt with by Noël J. It is therefore open to this Court to adopt this view and that is what I would suggest.

As interest under the first paragraph of art. 1056c is in reality damages due to delay, what is the nature of the indemnity which may be awarded under the second paragraph? With respect, in my opinion it is the same. It cannot be anything but damages due to delay. It is not damages which result from the delict itself. The damages resulting from the delict are the object of the amount

Le montant des dommages devrait porter intérêt au taux de 5 pour cent à compter du jour du dépôt de la pétition de droit en conformité des art. 1056c C.C., 3(1)(*a*) et 2(*d*) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, 1952-53 (Can.), c. 30, et de l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt*, S.R.C. 1952, c. 156. A cet égard, je souscris au raisonnement soigneux du savant juge de première instance, pp. 232 à 240 de ses motifs.

Dans ses motifs que la majorité de cette Cour adopte, le juge Noël, en première instance, conclut que les art. 3 et 2*d*) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* (précitée) rendent l'art. 1056c applicable à l'administration fédérale. Il écrit notamment à la p. 239:

[TRADUCTION] J'estime qu'il faudrait un langage plus clair que celui-ci [art. 18 de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*] pour nier à un réclamant du Québec le droit d'obtenir une indemnisation pour les dommages et l'intérêt qu'il a droit d'obtenir en vertu des lois de cette province et que mentionne la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* pour créer dans ces cas la responsabilité de la Couronne. Après un examen attentif de cette question, je ne peux conclure autrement sans faire abstraction des termes clairs qu'emploient les alinéas 3(1)*a*) et *b*) et 2*d*) de la Loi. Par conséquent, les requérants auront droit à l'intérêt à compter de la date du dépôt de leur pétition de droit au taux de cinq pour cent (5%) qui est le taux légal mentionné à l'art. 1056 C.C.

Il y a un conflit entre les motifs du juge Pigeon et ceux du juge Noël quant à l'applicabilité de certains arrêts auxquels se réfère ce dernier et à la proposition qu'il énonce à l'effet que l'art. 1056c ne crée pas un nouveau droit mais ne fait que préciser la façon dont les tribunaux doivent donner effet à un droit existant. Mais il n'y a pas de conflit, à mon avis, quant à la qualification que le juge Pigeon fait de l'art. 1056c et dont le juge Noël ne traite pas. Il est donc loisible à cette Cour d'adopter cette qualification et c'est ce que je propose.

Les intérêts du premier alinéa de l'art. 1056c étant en réalité un dommage dû au retard, qu'en est-il de l'indemnité que le deuxième alinéa permet d'accorder? Avec égard, elle est à mon avis de la même nature. Elle ne peut être autre chose qu'un dommage dû au retard. Elle n'est pas un dommage résultant du délit lui-même. Le dommage résultant du délit est l'objet du montant accordé par le

awarded by the judgment, which bears interest. The indemnity is determined in the same way as the interest in the first paragraph, that is by a percentage of the capital sum awarded, computed on a yearly basis. It adds, by a variable formula, to the original percentage of 5 per cent, to take account of the economic situation at the time when the paragraph was adopted in 1971, and in the future. I adopt the following passage from Mayrand J.A. of the Court of Appeal [at p. 6]:

[TRANSLATION] The additional indemnity authorized under art. 1056c of the *Civil Code* is, so to speak, an incidental and secondary indemnity. It clearly does not correspond to the material or bodily injury suffered by the victim as a direct consequence of the delict or quasi-delict; rather, its purpose is to compensate the victim for the delay in paying him the primary and principal indemnity. Like the legal interest to which it is added, its amount will vary depending on the length of that delay.

The parties further referred the Court to the following judgments of the Court of Appeal: *Girard v. Lavoie*, [1975] C.A. 904; *Trottier v. British American Oil Co.*, [1977] C.A. 576; *Voyageur (1969) Inc. v. Ally*, [1977] C.A. 581; *Lauzière v. Demers*, [1977] R.P. 120 at p. 135. In view of the foregoing reasons it is not necessary to examine these judgments.

There remains to be considered the judgment of this Court in *Highway Victims Indemnity Fund v. Martineau*, [1978] 1 S.C.R. 247, relied on by appellant, which would seem at first glance to raise a question as to whether this Court has not already ruled on the second paragraph of art. 1056c. The relevant passage from this judgment, at pp. 261 and 262, is as follows:

IV. Other matters

The first paragraph of the order in the trial judgment reads as follows:

Condemns the Defendants jointly and severally to pay to Plaintiff the sum of $148,402.44 with interest at 5% annually from the date of service of the action to December 31st, 1971, and thereafter at 8% annually, the whole with costs of experts and exhibits.

jugement et qui porte intérêt. L'indemnité est déterminée de la même façon que les intérêts du premier alinéa, soit au moyen d'un pourcentage du montant accordé en capital, calculé sur une base annuelle. Elle ajoute, selon une formule variable, au pourcentage original de 5 pour 100, pour tenir compte de la réalité économique de l'époque, 1971, où l'alinéa a été adopté ainsi que de l'avenir. Je fais mien le passage suivant du juge Mayrand de la Cour d'appel [à la p. 6]:

L'indemnité supplémentaire autorisée à l'article 1056c du *Code civil* est pour ainsi dire une indemnité accessoire et secondaire. Elle ne correspond évidemment pas au préjudice matériel ou corporel subi par la victime comme conséquence directe du délit ou quasi-délit. Elle a plutôt pour but d'indemniser la victime pour le retard apporté à lui payer l'indemnité première et principale. Tout comme l'intérêt légal auquel elle s'ajoute, son montant variera selon la durée de ce retard.

Les parties nous ont en outre référé aux arrêts suivants de la Cour d'appel: *Girard c. Lavoie*, [1975] C.A. 904; *Trottier c. British American Oil Co.*, [1977] C.A. 576; *Voyageur (1969) Inc. c. Ally*, [1977] C.A. 581; *Lauzière c. Demers*, [1977] R.P. 120 à la p. 135. Vu les motifs qui précèdent il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse de ces arrêts.

Il reste à considérer l'arrêt de cette Cour dans *Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile c. Martineau*, [1978] 1 R.C.S. 247, invoqué par l'appelante et qui en apparence semble soulever un doute quant à la question de savoir si cette Cour ne se serait pas déjà prononcée sur le deuxième alinéa de l'art. 1056c. Voici l'extrait pertinent de cet arrêt, aux pp. 261 et 262:

IV. Autres questions

Le dispositif du jugement de première instance se lit comme suit dans son premier alinéa:

[TRADUCTION] «Condamne conjointement et solidairement les défendeurs à payer à la demanderesse la somme de $148,402.44, avec intérêts au taux annuel de 5 pour cent à compter de la date de la signification de l'action jusqu'au 31 décembre 1971, et par la suite au taux annuel de 8 pour cent, le tout avec les frais d'expertise et des pièces justificatives».

(1) Counsel for the appellants Jeannette Martineau and Allen Robindaine submitted that, according to art. 1056c of the *Civil Code*, a supplementary indemnity may be added to the amount awarded to respondent, computed by applying to the amount a percentage equal to the excess (three per cent) over the legal interest rate of the rate of interest fixed according to s. 53 of the *Revenue Department Act*, R.S.Q. 1964, c. 66, as replaced by the *Revenue Department Act*, 1972 (Qué.), c. 22, (Order in Council No. 3784-72, *Quebec Official Gazette*, December 30, 1972), but that appellants Jeannette Martineau and Allen Robindaine could not be condemned to pay interest other than legal interest, in accordance with art. 481 *C.C.P.* The letter of art. 1056c supports him. This is in reality only a change in the label or description of the excess, but it is possible for this change to affect the relationship between insurer and insured. I would therefore amend the trial judgment to this extent.

. . .

V. Conclusions

I would dismiss the appeal of Jeannette Martineau and Allen Robindaine with costs, except as follows: amending the decision of the Court of Appeal, I would amend the judgment of the Superior Court by replacing the words "to December 31st, 1971, and thereafter at 8 per cent annually", in the first paragraph of the order, by the following: "and an additional indemnity of 3 per cent annually on the said sum of $148,402.44 as from January 1st, 1972"; I would allow the appeal of the Highway Victims Indemnity Fund with costs in this Court and in the Court of Appeal, and amending the decision of the Court of Appeal, I would amend the judgment of the Superior Court by replacing the final period by a comma, in the first paragraph, and adding to it the following words: "said condemnation against the Defendant the Highway Victims Indemnity Fund to be limited however to the sum of $35,000 with interest at 5 per cent from the date of service of the action and costs as aforesaid".

Commenting on this judgment, Mayrand J.A. wrote [at. p. 6]:

[TRANSLATION] In my opinion, this judgment of the Supreme Court does not rule on the nature of the additional indemnity; it simply renders judgment in accordance with "the letter" of art. 1056c, while preserving the "label" used by the Legislator. The judgment notes the problem that may be presented by the true nature of the indemnity as between insurer and

(1) Le procureur des appelants Jeannette Martineau et Allen Robindaine soumet que, suivant l'art. 1056c du *Code Civil*, il peut être ajouté au montant accordé à l'intimée une indemnité supplémentaire calculée en appliquant à ce montant un pourcentage égal à l'excédent (3 pour cent) sur le taux légal du taux d'intérêt fixé suivant l'art. 53 de la *Loi du ministère du revenu*, S.R.Q. 1964, c. 66, telle que remplacée par la *Loi du ministère du revenu*, 1972, L.Q. c. 22, (arrêté en conseil nº 3784-72, *Gazette Officielle du Québec*, 30 décembre 1972), mais que l'on ne peut condamner les appelants Jeannette Martineau et Allen Robindaine à payer des intérêts autres que les intérêts légaux, en conformité de l'art. 481 *C.p.* La lettre de l'art. 1056c lui donne raison. Il ne s'agit en réalité que d'un changement d'étiquette ou de qualification de l'excédent, mais il est possible que ce changement affecte les rapports entre assureur et assuré. Je modifierais donc pour autant le jugement de première instance.

. . .

V. Conclusions

Je rejetterais avec dépens le pourvoi des appelants Jeannette Martineau et Allen Robindaine sauf dans la mesure suivante: modifiant l'arrêt de la Cour d'appel, je modifierais le jugement de la Cour supérieure en remplaçant, dans le premier alinéa de son dispositif, les mots [TRADUCTION] «jusqu'au 31 décembre 1971, et par la suite au taux annuel de 8 pour cent» par les suivants: «et une indemnisation supplémentaire de 3 pour cent par an sur ladite somme de $148,402.44, à compter du 1er janvier 1972»; j'accueillerais avec dépens en cette Cour et en Cour d'appel le pourvoi du Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile et, modifiant l'arrêt de la Cour d'appel, je modifierais le jugement de la Cour supérieure en remplaçant, dans le premier alinéa, le point final par une virgule, et en ajoutant à cet alinéa les mots suivants: [TRADUCTION] «ladite condamnation visant le Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile devant être limitée cependant à la somme de $35,000 avec un intérêt de 5 pour cent à compter de la date de la signification de l'action ainsi que les frais susmentionnés».

Commentant cet arrêt, le juge Mayrand écrit [à la p. 6]:

A mon avis, cet arrêt de la Cour suprême ne se prononce pas sur la nature de l'indemnité supplémentaire; il se contente de rendre le jugement conforme à «la lettre» de l'article 1056c en conservant l'«étiquette» utilisée par le Législateur. L'arrêt souligne le problème que peut soulever la véritable nature de l'indemnité dans les rapports entre assureur et assuré. Ce problème, que la

insured. This problem, which the Supreme Court did not have to resolve in the case cited, is precisely what is at issue here.

It is true that as regards appellants Martineau and Robindaine, the only ones who raised this point, in reality only a change in the label or description of the excess was involved. This is why the first paragraph of the trial judgment was amended as regards them without for all practical purposes amending the order made against them. The amended paragraph, instead of annual interest of 8 per cent, orders them to pay annual interest of 5 per cent and an additional indemnity of 3 per cent per annum.

Beetz J., speaking for the Court, says nothing more on this point. However, without any explanation being given, a further amendment was made to the formal judgment, this time relating to the Indemnity Fund. The annual rate of 8 per cent which had been set by the trial judge was reduced to 5 per cent.

It is possible that, without saying so, this Court was of the opinion that the indemnity mentioned in the second paragraph of art. 1056c was of a different nature from the interest mentioned in the first paragraph, and that for this reason the Fund could not be required to pay it. It is also possible that, in the absence of other submissions to this Court, the latter made this amendment in order to make the judgment conform to the letter of art. 1056c, since s. 14 of the *Highway Victims Indemnity Act*, R.S.Q. 1964, c. 232, referred to "interest" but was silent as to the indemnity in the second paragraph of art. 1056c. It may also be possible that the Court did not think it advisable to allow the indemnity under the second paragraph, which "may" be added but does not necessarily have to be as the "interest" of the first paragraph must be. This judgment is not conclusive in the case at bar.

I conclude from the foregoing that the interest which appellant undertook to pay, namely "interest accrued on the amount of its guarantee from the date when the action was instituted", is necessarily the interest which respondent Péloquin may be ordered to pay, limited of course to interest

Cour suprême n'avait pas à trancher dans l'arrêt cité, est précisément l'objet du présent litige.

Il est exact qu'en ce qui concerne les appelants Martineau et Robindaine, qui seuls ont soulevé ce point, il ne s'agissait en réalité que d'un changement d'étiquette ou de qualification de l'excédent. C'est pourquoi le dispositif du jugement de première instance fut modifié à leur égard sans qu'au point de vue pratique la condamnation prononcée contre eux s'en trouve modifiée. Le dispositif corrigé, au lieu d'un intérêt annuel de 8 pour 100, les condamne à un intérêt annuel de 5 pour 100 et à une indemnisation supplémentaire de 3 pour 100 par an.

Le juge Beetz qui parle au nom de la Cour n'en dit pas davantage sur le sujet. Cependant et sans qu'elle soit expliquée, une autre modification est faite au dispositif touchant cette fois le Fonds d'indemnisation. Le taux annuel de 8 pour 100 qu'avait fixé le juge de première instance est réduit à 5 pour 100.

Il est possible que sans le dire cette Cour ait été d'avis que l'indemnité prévue au deuxième alinéa de l'art. 1056c était d'une nature différente de l'intérêt prévu au premier alinéa et que pour ce motif elle ne pouvait être exigée du Fonds. Il est également possible qu'en l'absence d'autres représentations faites à la Cour celle-ci ait fait cette modification pour rendre le jugement conforme à la lettre de l'art. 1056c puisque l'art. 14 de la *Loi de l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile*, S.R.Q. 1964, chap. 232, parlait d'«intérêts» mais était silencieux quant à l'indemnité du deuxième alinéa de l'art. 1056c. Peut-être encore que la Cour n'a pas jugé à propos d'accorder l'indemnité du deuxième alinéa qui «peut» être ajoutée mais qui ne doit pas nécessairement l'être comme doivent l'être les «intérêts» du premier alinéa. Cet arrêt n'est pas déterminant en l'espèce.

Je conclus de ce qui précède que les intérêts que l'appelante s'est engagée à acquitter, soit «les intérêts ayant couru sur le montant de sa garantie depuis l'institution de la demande en justice», sont nécessairement les intérêts que l'intimé Péloquin peut être condamné à payer, limités bien entendu

which he was in fact ordered to pay and on a capital sum not exceeding the limit of $35,000 of its guarantee; that this interest is necessarily that provided for in art. 1056c *C.C.*; it is in reality damages due to delay; the indemnity contemplated in the second paragraph of that article, determined in the same way as the "interest" in the first paragraph, namely by means of a percentage of the capital sum awarded, computed on a yearly basis, is of the same nature as the "interest" mentioned in the first paragraph; and that this indemnity is therefore included in the interest which appellant undertook to pay by its policy.

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

English version of the reasons of McIntyre and Lamer JJ. delivered by

LAMER J. (*dissenting*)—Joseph Corriveau was struck and killed by the automobile of Serge Péloquin. Polydore Corriveau sued Péloquin in his capacity as tutor for the children of Joseph. The Superior Court ordered Péloquin to pay the sum of $53,353.32, [TRANSLATION] "with interest from the date of service plus the indemnity provided for in article 1056c of the *Civil Code*, and costs".

Péloquin was insured with the Travelers Insurance Company of Canada in the sum of $35,000. The clauses of the insurance contract relevant to the case at bar are as follows:

[TRANSLATION]

**NATURE AND EXTENT OF COVERAGE**

In consideration of the premium agreed upon, and in accordance with the special conditions, the insurer guarantees the insured against the risks expressly mentioned as covered, up to the amounts agreed upon for each.

**CHAPTER A—CIVIL LIABILITY**

The insurer guarantees the insured, his heirs and assigns, against the pecuniary consequences of the civil liability which the insured may incur as a result of the ownership, use or operation of the insured vehicle, and as a consequence of bodily or material injury sustained by third parties, it being understood that in the context of this guarantee "insured" refers not only to the named insured but also to any person operating the said vehicle, or using the same, with the consent of the named

aux intérêts auxquels il a été effectivement condamné et sur une somme capitale n'excédant pas la limite de $35,000 de la garantie; que ces intérêts sont nécessairement ceux prévus à l'art. 1056c *C.c.*; que ceux-ci sont en réalité un dommage dû au retard; que l'indemnité visée au deuxième alinéa du même article, déterminée de la même façon que les «intérêts» du premier alinéa, soit au moyen d'un pourcentage du montant accordé en capital, calculé sur une base annuelle, est de la même nature que les «intérêts» visés au premier alinéa; et que cette indemnité est comprise par conséquent dans les intérêts que l'appelante s'est engagée à payer par sa police.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Les motifs des juges McIntyre et Lamer ont été rendus par

LE JUGE LAMER (*dissident*)—Joseph Corriveau fut frappé et tué par l'automobile de Serge Péloquin. Polydore Corriveau poursuivit Péloquin en sa qualité de tuteur des enfants de Joseph. La Cour supérieure condamna Péloquin à payer un montant de $53,353.32, «avec intérêts depuis l'assignation plus l'indemnité prévue à l'article 1056c du *Code civil* et les dépens».

Péloquin était assuré avec la compagnie d'assurance Travelers du Canada pour un montant de $35,000. Les clauses du contrat d'assurance pertinentes au litige sont les suivantes:

**NATURE ET ÉTENDUE DE L'ASSURANCE**

Moyennant la prime fixée, et dans le cadre des Conditions particulières, l'Assureur garantit l'Assuré contre les risques expressément désignés comme couverts, jusqu'à concurrence des montants arrêtés pour chacun.

**CHAPITRE A—RESPONSABILITÉ CIVILE**

L'Assureur garantit l'Assuré, ses représentants légaux et sa succession, contre les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile que l'Assuré peut encourir du fait de la propriété, de l'usage ou de la conduite du véhicule assuré et en raison de dommages corporels ou matériels subis par des tiers, étant précisé que dans le cadre de la présente garantie on entend par Assuré non seulement l'Assuré désigné mais aussi toute personne conduisant ledit véhicule, ou en faisant usage, avec le consentement

insured or of an adult member of the latter's household, other than a chauffeur or domestic; any person operating any part of the vehicle shall be deemed to make use of the same.

. . .

**SUBSIDIARY GUARANTEES**

**In accordance with the provisions of this chapter, the insurer further undertakes:**

(1) . . .

(2) . . .

(3) to be responsible for the defence of any insured in the event of an action involving the latter's civil liability as the consequence of an insured loss;

(4) to pay the costs of any proceeding at law undertaken by it, and interest accrued on the amount of its guarantee from the date when the action was instituted.

. . .

**CHAPTER C OF THIS CONTRACT PROVIDES FOR THE PAYMENT OF ACCIDENTAL DAMAGE EXCESS**

| GUARANTEES | | RISKS | AMOUNT | PREMIUM |
|---|---|---|---|---|
| Chapter A Civil liability | DIVISIONS | Bodily or material injury to third parties | $ (In addition to costs and interest) by accident, and regardless of the nature of the damage and the number of persons insured | $ |

The insurance company paid Polydore Corriveau, in his capacity as tutor, the maximum amount provided for in the policy, namely $35,000 of the $53,353.32 awarded by the judgment, plus an amount of $5,439.39 representing interest on this amount from the date of service at the legal rate of 5 per cent, and $2,025.70 as costs. The insurance company made a negative declaration in opposition to the garnishment by the tutor in the amount of $5,492.23. This sum of $5,492.23 represented the amount of the indemnity provided for in art. 1056c of the *Civil Code* taken from the unpaid balance.

de l'Assuré désigné ou d'un membre adulte de la maison de ce dernier autre qu'un chauffeur ou domestique; est réputé faire usage du véhicule quiconque en fait fonctionner toute partie.

. . .

**GARANTIES SUBSIDIAIRES**

**Dans le cadre du présent chapitre, l'Assureur s'engage de plus:**

(1) . . .

(2) . . .

(3) A prendre en charge la défense de tout Assuré en cas de poursuite recherchant la responsabilité civile de ce dernier en raison d'un sinistre couvert;

(4) A acquitter les frais de tout procès pris en charge par lui, ainsi que les intérêts ayant couru sur le montant de sa garantie depuis l'institution de la demande en justice.

. . .

**LE CHAPITRE C DU PRÉSENT CONTRAT STIPULE L'APPLICATION D'UNE FRANCHISE**

| GUARANTIES | | RISQUES | MONTANTS | PRIME |
|---|---|---|---|---|
| Chapitre A Responsabilité Civile | DIVISIONS | Dommages corporels ou matériels aux tiers | $ (En supplément des frais et intérêts) par accident, et sans égard à la nature des dommages ni au nombre des lésés | $ |

La compagnie d'assurance payait à Polydore Corriveau ès qualités le montant maximum prévu à la police, soit $35,000 des $53,353.32 du jugement, plus une somme de $5,439.39 représentant les intérêts sur cette somme depuis l'assignation au taux légal de 5 pour 100, et $2,025.70 à titre de dépens. A la tierce-saisie que pratiquait le tuteur pour un montant de $5,492.23 la compagnie d'assurance opposait une déclaration négative. Cette somme de $5,492.23 représentait à même le solde insatisfait, le montant de l'indemnité prévu à l'art. 1056c du *Code civil.*

**1056c.** The amount awarded by judgment for damages resulting from an offence or a quasi-offence shall bear interest at the legal rate as from the date when the action at law was instituted.

There may be added to the amount so awarded an indemnity computed by applying to the amount, from such date, a percentage equal to the excess of the interest rate fixed according to section 53 of the Revenue Department Act (Revised Statutes, 1964, chapter 66) over the legal interest rate.

It is necessary to reproduce the key portion of this declaration, as both the Superior Court and the Court of Appeal interpreted it as a refusal by the company to pay the additional indemnity ordered by the judge, which in my opinion is incorrect.

[TRANSLATION] 1. On December 8, 1973 the garnishee issued to defendant a policy having No. YYP CA 885184, covering the loss at issue in this matter up to the limit stated in the said policy, namely a capital sum of $35,000.00 with interest at the legal rate on the said sum of $35,000.00, and court costs;

2. Pursuant to the final judgment rendered in this matter, the garnishee has already paid counsel for the plaintiff their legal costs and to plaintiff himself the sum of $35,000.00, plus interest on the said amount at the legal rate, the whole making a total of $40,439.39;

3. The garnishee has accordingly discharged in full the obligations which it has under its insurance contract and therefore makes this negative declaration.

It can be seen from reading the declaration that the company did not refuse to pay the indemnity as such, but felt that, since it was not interest within the meaning of the insurance contract, this portion of the award (the indemnity) should be met from the amount of $35,000. It was actually Mr. Corriveau, and he can hardly be blamed, who saw that the $35,000.00 had been used up and sought to describe the indemnity as interest.

The Superior Court judge, relying on the judgment of this Court in *Highway Victims Indemnity Fund v. Martineau*, [1978] 1 S.C.R. 247, came to the conclusion that the interest referred to in the Travelers contract, in the absence of any provision

**1056c.** Le montant accordé par jugement pour dommages résultant d'un délit ou d'un quasi-délit porte intérêt au taux légal depuis la date de l'institution de la demande en justice.

Il peut être ajouté au montant ainsi accordé une indemnité calculée en appliquant à ce montant, à compter de ladite date, un pourcentage égal à l'excédent du taux d'intérêt fixé suivant l'article 53 de la Loi du ministère du revenu (Statuts refondus, 1964, chapitre 66) sur le taux légal d'intérêt.

Il importe de reproduire l'essentiel de cette déclaration car tant la Cour supérieure que la Cour d'appel l'a interprétée comme étant un refus de la part de la compagnie de payer l'indemnité supplémentaire ordonnée par le juge, ce qui à mon avis est inexact.

1. Le 8 décembre 1973, la tierce-saisie a émis en faveur du défendeur une police portant le numéro YYP CA 885184 couvrant le sinistre faisant l'objet du présent dossier jusqu'à concurrence de la limite prévue à ladite police, soit $35,000.00 en capital avec en plus les intérêts au taux légal sur ladite somme de $35,000.00 et les frais judiciaires;

2. Suite au jugement final rendu dans le présent dossier, la tierce-saisie a déjà payé aux procureurs du demandeur leurs frais judiciaires et au demandeur lui-même la somme de $35,000.00 avec en plus les intérêts sur ladite somme au taux légal, le tout formant un total de $40,439.39;

3. La tierce-saisie a donc acquitté en totalité les obligations qui lui incombaient en vertu de son contrat d'assurance et elle fait en conséquence la présente déclaration négative.

A la lecture de la déclaration on voit que la compagnie ne refusa pas de payer l'indemnité comme telle, mais considéra que, puisqu'il ne s'agit pas d'un intérêt au sens du contrat d'assurance, cette portion de la condamnation (l'indemnité) devait trouver satisfaction à même la limite de $35,000. C'est plutôt M. Corriveau qui, on ne peut par ailleurs lui en faire reproche, voyant les $35,000 épuisés, chercha à faire qualifier cette indemnité d'intérêt.

Le juge de la Cour supérieure, se fondant sur l'arrêt de cette Cour *Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile c. Martineau*, [1978] 1 R.C.S. 247, venait à la conclusion que les intérêts dont il était question au contrat de la

to the contrary, was legal interest of 5 per cent, and added [TRANSLATION] "if the payment of this additional indemnity were required from the insurer, beyond the limits of its insurance contract, the Court would be imposing on it an obligation which it really did not assume".

Mayrand J.A., speaking for the Court of Appeal, was of the opinion that the judgment relied on by Larue J. of the Superior Court could not be applied in the case at bar, since as he said [at p. 6]:

[TRANSLATION] In my opinion, this judgment of the Supreme Court does not rule on the nature of the additional indemnity: it simply renders judgment in accordance with "the letter" of art. 1056c, while preserving the "label" used by the Legislator. The judgment notes the problem that may be presented by the true nature of the indemnity in the relationship between insurer and insured. This problem, which the Supreme Court did not have to resolve in the case cited, is precisely what is at issue here.

The Court of Appeal formulated as follows the question which it considered must be answered in order to decide the appeal:

[TRANSLATION] What is the nature of the additional indemnity awarded under the second paragraph of art. 1056c of the *Civil Code*? That is the only question presented by the case at bar.

Having presented the problem in these terms, Mayrand J.A. distinguished between compensatory damages and those which are moratory, noted that the word "interest" only applied to the latter while the word "indemnity" applied equally to the former and the latter, and concluded, in line with other judgments of the Quebec Court of Appeal (*Voyageur (1969) Inc. v. Ally*, [1977] C.A. 581; *Trottier v. British American Oil Co.*, [1977] C.A. 576; *Lauzière v. Demers*, [1977] R.P. 120, at p. 135; *Girard v. Lavoie*, [1975] C.A. 904), [TRANSLATION] "that the further indemnity authorized by art. 1056c of the *Civil Code* is in reality additional interest and not an increase in the compensatory damages".

I would not say that he was in error in his description of the art. 1056c indemnity, though I

Travelers étaient, en l'absence de stipulation au contraire, les intérêts légaux de 5 pour 100, et ajoutait que, «si l'on exigeait le paiement par l'assureur de cette indemnité additionnelle, au-delà des limites de son contrat d'assurance, on lui imposerait une obligation qu'il n'a véritablement pas assumée».

M. le juge Mayrand, au nom de la Cour d'appel, fut d'avis que l'arrêt dont s'était autorisé le juge Larue de la Cour supérieure ne pouvait trouver d'application en l'espèce puisque, dit-il [à la p. 6]:

A mon avis, cet arrêt de la Cour suprême ne se prononce pas sur la nature de l'indemnité supplémentaire; il se contente de rendre le jugement conforme à «la lettre» de l'article 1056c en conservant l'«étiquette» utilisée par le Législateur. L'arrêt souligne le problème que peut soulever la véritable nature de l'indemnité dans les rapports entre assureur et assuré. Ce problème, que la Cour suprême n'avait pas à trancher dans l'arrêt cité, est précisément l'objet du présent litige.

La Cour d'appel formulait la question qu'elle se disait devoir résoudre pour décider du pourvoi comme suit:

Quelle est la nature de l'indemnité supplémentaire accordée en vertu du deuxième alinéa de l'article 1056c du *Code civil*? C'est là la seule question que pose le présent litige.

Une fois le problème posé en ces termes, le juge Mayrand distinguait entre les dommages-intérêts compensatoires et ceux qui sont moratoires, constatait que le terme «intérêts» ne valait que pour ces derniers alors que le terme «indemnité» s'appliquait aussi bien aux seconds qu'aux premiers, et concluait, à l'instar d'autres arrêts de la Cour d'appel du Québec, (*Voyageur (1969) Inc. c. Ally*, [1977] C.A. 581; *Trottier c. British American Oil Co.*, [1977] C.A. 576; *Lauzière c. Demers*, [1977] R.P. 120 à la p. 135; *Girard c. Lavoie*, [1975] C.A. 904), «que l'indemnité additionnelle autorisée par l'art. 1056c du *Code civil* est en réalité un intérêt supplémentaire et non pas une majoration des dommages-intérêts compensatoires».

Je ne suis pas prêt à dire qu'il a tort quant à la qualification de cette indemnité de l'art. 1056c,

refrain from expressing any opinion on this point, which in my opinion is not at issue in this appeal.

I concur with Mayrand J.A. when he says that, in *Highway Victims Indemnity Fund v. Martineau, supra*, this Court did not rule on the nature of the additional indemnity under art. 1056c of the *Civil Code*, but I hasten to add that this case is nonetheless relevant to the question which must be answered in order to decide the appeal at bar, which is not that of determining the nature of the indemnity contemplated by art. 1056c, but determining the meaning and scope of the word "interest" in the Travelers insurance contract. In the case at bar, in specific terms, it is as follows: does the use of the word "interest" in the contract refer to the legal interest of 5 per cent under art. 1056c of the *Civil Code*, or does it also include the indemnity mentioned in that article?

In *Indemnity Fund* (taking only the points strictly relevant to the case at bar) the Court was required, *inter alia*, to determine the limits of the Fund's liability for the accident caused by an unknown driver. My brother Beetz J., rendering judgment for the Court, agreed with the Fund's argument that the liability imposed on it by s. 43 of Division XIII of the *Highway Victims Indemnity Act*, R.S.Q. 1964, c. 232 (hereinafter referred to as the Act) was limited to the amount of financial responsibility required of all motorists, owners, chauffeurs and operators, which is described by s. 14 of the Act as follows:

> **14.** The financial responsibility required by this act amounts, besides interest and costs, to the sum of thirty-five thousand dollars for all damages in the same accident, subject to a deduction of two hundred dollars from all damage to the property of others.

At trial, the Fund was ordered jointly and severally with the two other defendants, Jeannette Martineau and Allen Robindaine, to pay the following:

> Condemns the Defendants jointly and severally to pay to Plaintiff the sum of $148,402.44 with interest at 5% annually from the date of service of the action to

encore que je m'abstiens de me prononcer sur cette question qui, à mon avis, n'est pas celle que soulève ce pourvoi.

Je partage l'avis du juge Mayrand lorsqu'il dit que cette Cour dans *Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile c. Martineau*, précité, ne s'était pas prononcée sur la nature de l'indemnité supplémentaire de l'art. 1056c du *Code civil*, mais je m'empresse d'ajouter que cet arrêt est néanmoins pertinent à la question à laquelle il nous faut répondre pour décider le présent pourvoi, qui n'est pas celle de déterminer la nature de l'indemnité prévue à l'art. 1056c, mais de déterminer le sens et l'étendue du mot «intérêt» au contrat d'assurance de la Travelers. En l'espèce, formulée de façon concrète, elle est la suivante: l'emploi au contrat du mot «intérêt» réfère-t-il aux intérêts légaux de 5 pour 100 de l'art. 1056c du *Code civil*, ou inclut-il en outre l'indemnité qui y est prévue.

Dans *Fonds d'indemnisation* (je me limite aux facettes strictement pertinentes au présent litige) il s'agissait, entre autres, de déterminer la limitation de la responsabilité du Fonds pour l'accident causé par un automobiliste inconnu. Notre collègue, le juge Beetz, rendant le jugement de la Cour, donna raison au Fonds de soutenir que la responsabilité qui lui était imposée par l'art. 43 de la section XIII de la *Loi de l'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile*, S.R.Q. 1964, chap. 232, (ci-après, la Loi), était limitée au montant de la solvabilité requise de tous les automobilistes, propriétaires, chauffeurs et conducteurs, que l'art. 14 de la Loi énonce comme suit:

> **14.** La solvabilité requise par la présente loi s'élève, en outre des intérêts et des frais, à la somme de trente-cinq mille dollars pour tous dommages dans un même accident, sauf à déduire des dommages aux biens d'autrui deux cents dollars.

En première instance, le Fonds avait été condamné conjointement et solidairement avec deux autres défendeurs, Jeannette Martineau et Allen Robindaine, à ce qui suit:

> [TRADUCTION] «Condamne conjointement et solidairement les défendeurs à payer à la demanderesse la somme de $148,402.44, avec intérêts au taux annuel de

December 31st, 1971, and thereafter at 8% annually, the whole with costs of experts and exhibits.

Dealing with an argument raised by counsel for the co-defendants Martineau and Robindaine, Beetz J., speaking for this Court, said the following:

Counsel for the appellants Jeannette Martineau and Allen Robindaine submitted that, according to art. 1056c of the *Civil Code*, a supplementary indemnity may be added to the amount awarded to respondent, computed by applying to the amount a percentage equal to the excess (three per cent) over the legal interest rate of the rate of interest fixed according to s. 53 of the *Revenue Department Act*, R.S.Q. 1964, c. 66, as replaced by the *Revenue Department Act*, 1972 (Qué.), c. 22, (Order in Council No. 3784-72, *Quebec Official Gazette*, December 30, 1972), but that appellants Jeannette Martineau and Allan Robindaine could not be condemned to pay interest other than legal interest, in accordance with art. 481 *C.C.P.* The letter of art. 1056c supports him. This is in reality only a change in the label or description of the excess, but it is possible for this change to affect the relationship between insurer and insured. I would therefore amend the trial judgment to this extent.

Though it is true, as Mayrand J.A. of the Court of Appeal noted, that in considering the case of Martineau and Robindaine this Court only had in view the possibility that this change might affect the relationship between insurer and insured, the effect of this change on the relationship between insurer and insured becomes apparent when Beetz J. disposes of the appeal with respect to the Indemnity Fund.

The Court concluded the judgment as follows:

V. Conclusions

I would dismiss the appeal of Jeannette Martineau and Allen Robindaine with costs, except as follows: amending the decision of the Court of Appeal, I would amend the judgment of the Superior Court by replacing the words "to December 31st, 1971, and thereafter at 8 per cent annually", in the first paragraph of the order, by the following: "and an additional indemnity of 3 per cent annually on the said sum of $148,402.44 as from January 1st, 1972"; I would allow the appeal of the

5 pour cent à compter de la date de la signification de l'action jusqu'au 31 décembre 1971, et par la suite au taux annuel de 8 pour cent, le tout avec les frais d'expertise et des pièces justificatives».

Traitant d'un argument soulevé par le procureur des co-défendeurs Martineau et Robindaine, le juge Beetz, s'exprimant pour cette Cour disait ce qui suit:

Le procureur des appelants Jeannette Martineau et Allen Robindaine soumet que, suivant l'art. 1056c du *Code Civil*, il peut être ajouté au montant accordé à l'intimée une indemnité supplémentaire calculée en appliquant à ce montant un pourcentage égal à l'excédent (3 pour cent) sur le taux légal du taux d'intérêt fixé suivant l'art. 53 de la *Loi du ministère du revenu*, S.R.Q. 1964, c. 66, telle que remplacée par la *Loi du ministère du revenu*, 1972, L.Q. c. 22, (arrêté en conseil n° 3784-72, *Gazette Officielle du Québec*, 30 décembre 1972), mais que l'on ne peut condamner les appelants Jeannette Martineau et Allen Robindaine à payer des intérêts autres que les intérêts légaux, en conformité de l'art. 481 *C.p.* La lettre de l'art. 1056c lui donne raison. Il ne s'agit en réalité que d'un changement d'étiquette ou de qualification de l'excédent, mais il est possible que ce changement affecte les rapports entre assureur et assuré. Je modifierais donc pour autant le jugement de première instance.

S'il est vrai, comme l'a remarqué le juge Mayrand de la Cour d'appel, que notre Cour, considérant le cas de Martineau et Robindaine, n'a alors que soulevé la possibilité que ce changement affecte les rapports entre assureur et assuré, l'effet de ce changement sur les rapports entre assureur et assuré devient évident lorsque le juge Beetz dispose du pourvoi quant au *Fonds d'indemnisation.*

En effet, la Cour conclut le jugement comme suit:

V. Conclusions

Je rejetterais avec dépens le pourvoi des appelants Jeannette Martineau et Allen Robindaine sauf dans la mesure suivante: modifiant l'arrêt de la Cour d'appel, je modifierais le jugement de la Cour supérieure en remplaçant, dans le premier alinéa de son dispositif, les mots [TRADUCTION] «jusqu'au 31 décembre 1971, et par la suite au taux annuel de 8 pour cent» par les suivants: «et une indemnisation supplémentaire de 3 pour cent par an sur ladite somme de $148,402.44, à compter du 1er

Highway Victims Indemnity Fund with costs in this Court and in the Court of Appeal, and amending the decision of the Court of Appeal, I would amend the judgment of the Superior Court by replacing the final period by a comma, in the first paragraph, and adding to it the following words: "said condemnation against the Defendant the Highway Victims Indemnity Fund to be limited however to the sum of $35,000 with interest at 5 per cent from the date of service of the action and costs as aforesaid". [Emphasis added.]

The fact that interest is limited to 5 per cent and the additional indemnity of 3 per cent is left to be paid, if possible, from the limiting amount of $35,000, indicates that this Court necessarily decided that the word "interest" in s. 14 of the Act does not include the indemnity provided for in art. 1056c.

The interpretation given by this Court to the word "interest" in s. 14 of the Act where the Fund is concerned will apply to any insurance contract containing a clause written in almost identical terms. Like Larue J., I find that the terms used in the Travelers insurance contract are almost identical to those in s. 14 of the *Highway Victims Indemnity Act*.

This is not altogether surprising, since s. 9 of the Act requires that "Every liability insurance policy covers responsibility not less in extent than that provided in section 14". It is clear that the company chose the wording of its contract in keeping with its obligation to guarantee the minimum financial responsibility required by s. 14 of the Act, namely $35,000, plus costs, and interest.

Quite apart from *Indemnity Fund*, *supra*, however, I do not see how it is possible to disregard the wording of the insurance contract by finding in favour of respondent.

In Chapter A of the policy, the insurer guarantees the insured against the pecuniary consequences of civil liability which the insured may incur up to the sum of $35,000. When court proceedings are brought against the insured, the company further undertakes [TRANSLATION] "to pay the costs of any proceeding at law undertaken

janvier 1972»; j'accueillerais avec dépens en cette Cour et en Cour d'appel le pourvoi du Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile et, modifiant l'arrêt de la Cour d'appel, je modifierais le jugement de la Cour supérieure en remplaçant, dans le premier alinéa, le point final par une virgule, et en ajoutant à cet alinéa les mots suivants: [TRADUCTION] «ladite condamnation visant le Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile devant être limitée cependant à la somme de $35,000 avec un intérêt de 5 pour cent à compter de la date de la signification de l'action ainsi que les frais susmentionnés». [C'est moi qui souligne.]

Le fait de limiter à 5 pour 100 les intérêts et de laisser l'indemnisation supplémentaire de 3 pour 100 trouver, si possible, satisfaction à même le montant limite de $35,000, indique que cette Cour a nécessairement décidé que le mot «intérêt» de l'art. 14 de la Loi n'inclut pas l'indemnisation prévue à l'art. 1056c.

L'interprétation donnée par cette Cour au mot «intérêt» de l'art. 14 de la Loi quant au Fonds vaudra pour tout contrat d'assurance contenant une clause formulée en termes à peu près identiques. Or je trouve, tout comme le juge Larue, que les termes employés au contrat d'assurance de la Travelers sont presque identiques à ceux de l'art. 14 de la *Loi d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile*.

On ne doit pas s'en étonner, puisque l'art. 9 de la Loi exige que «Toute police d'assurance-responsabilité couvre une responsabilité non inférieure à celle que prévoit l'article 14 «de la Loi.» Il est clair que la compagnie a choisi les termes de son contrat en regard de l'obligation qu'elle a de garantir la solvabilité minimale requise par l'art. 14 de la Loi, soit $35,000, plus les frais, et les intérêts.

Mais indépendamment de l'arrêt *Fonds d'indemnisation*, précité, je ne vois pas comment on pourrait faire violence au texte du contrat d'assurance pour conclure en faveur de l'intimé.

L'assureur au chapitre A de la police garantit l'assuré contre les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile que peut encourir l'assuré jusqu'à concurrence d'un montant de $35,000. Lorsque celui-ci fait l'objet de poursuites, la compagnie s'engage de plus à «acquitter les frais de tout procès pris en charge par lui, ainsi que les intérêts

by it, and interest accrued on the amount of its guarantee from the date when the action was instituted".

Both the wording of the contract and the nature of the guarantee must be understood and interpreted in light of the fact that the contractual obligation of the insurance company is to protect its insured against the pecuniary consequences of his delictual liability under the *Civil Code*, and in particular art. 1056c. I agree that the contract leads to art. 1056c, but the reverse is not true. It is not possible, as the Court of Appeal did, to characterize the indemnity and interest of art. 1056c as moratory damages and then give the word "interest" the meaning of moratory damages when it is used elsewhere, in another statute (for example, s. 14 of the Act), or, as here, in the Travelers contract. The word "interest" could be used in the sense of moratory damages, but this will be determined not from looking at art. 1056c, but from interpretation of the statute or contract.

The contract does not speak of moratory damages. Had it done so the approach taken by the Court of Appeal would have been correct. In that case it would be necessary, as Mayrand J.A. did, to identify the components of 1056c that are moratory damages, since art. 1056c does not use this expression. The contract chose the terms of the legislator, and like him speaks of interest accrued "from the date when the action was instituted".

With respect, the principles of interpretation of statutes or contracts do not support the approach taken by the Court of Appeal.

In my opinion, the relationship which these indemnities have with interest as moratory damages does not assist us in determining the scope of the insurance sold to Péloquin; that relationship would undoubtedly be relevant to determining the constitutionality of art. 1056c of the *Civil Code* as to whether it was legislation on the matter of interest; but that is a question which is not before the Court. This Court is not required to determine the nature of the interest provided for in the first paragraph of art. 1056c and of the indemnity in its

ayant couru sur le montant de sa garantie depuis l'institution de la demande en justice».

Les termes du contrat tout comme la nature de la garantie doivent être compris et interprétés en tenant compte du fait que l'obligation contractuelle de la compagnie d'assurance est celle de protéger son assuré des conséquences pécuniaires de sa responsabilité délictuelle découlant du *Code civil* dont, notamment, l'art. 1056c. On rejoint, j'en conviens, l'art. 1056c à partir du contrat mais non l'inverse. On ne peut, comme l'a fait la Cour d'appel, qualifier l'indemnité et les intérêts de l'art. 1056c de dommages moratoires pour ensuite donner au mot «intérêt» lorsqu'il est employé ailleurs, dans une autre loi (*v.g.* art. 14 de la Loi) ou encore, comme ici, dans le contrat de la Travelers, le sens de dommages moratoires. Il est possible que le mot «intérêt» soit employé dans le sens de dommages moratoires, mais ce ne sera pas à l'art. 1056*c* qu'on en fera le contrat, mais par l'interprétation de cette loi ou de ce contrat.

Or, le contrat ne parle pas de dommages moratoires. L'eut-il fait que la démarche suivie par la Cour d'appel eût été la bonne. Le cas échéant il eût fallu, comme l'a fait le juge Mayrand, identifier à même les éléments de 1056c ceux-là qui seraient des dommages moratoires, puisque l'art. 1056c n'a pas employé cette expression. Le contrat a choisi les termes du législateur, et parle, comme lui, d'intérêts ayant couru «depuis l'institution de la demande en justice».

Avec respect, les principes d'interprétation des lois ou des contrats ne permettent pas la démarche choisie par la Cour d'appel.

La parenté que ces indemnités ont avec les intérêts en tant que dommages moratoires ne nous assiste pas, à mon avis, dans la détermination de l'étendue de l'assurance vendue à Péloquin; cette parenté serait certainement pertinente à la détermination de la constitutionnalité de l'art. 1056c du *Code civil* comme légiférant ou pas en matière d'intérêt; mais c'est là une question dont nous n'avons pas été saisis. En effet, nous ne sommes pas appelés à déterminer la nature des intérêts du premier alinéa de l'art. 1056c et de l'indemnité de

second paragraph in light of the nature of the interest dealt with in s. 91(19) of the Canadian Constitution and s. 3 of the *Interest Act*, R.S.C. 1952, c. 156. If it were, the Attorneys General of Quebec and Canada would at least have to be given an opportunity to be heard.

For these reasons, I would allow the appeal and restore the judgment of the Superior Court. Appellant did not ask for costs in its submission. In the circumstances, I would only award it costs at first instance and on appeal, but not in this Court.

*Appeal dismissed with costs*, MCINTYRE *and* LAMER JJ. *dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Pépin, Létourneau et Associés, Montreal; Vézina, Pouliot, L'Écuyer & Morin, Ste-Foy.*

*Solicitors for the respondent Corriveau: Gagnon, de Billy & Associés, Quebec City.*

son deuxième alinéa en regard de la nature des intérêts prévus à l'art. 91(19) de la Constitution canadienne et de l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt*, S.R.C. 1952, chap. 156. Le cas échéant il eût fallu à tout le moins offrir aux procureurs généraux du Québec et du Canada d'être entendus.

Pour ces raisons, j'accueillerais le pourvoi et rétablirais le jugement de la Cour supérieure. L'appelante dans son mémoire n'a pas demandé de frais. Dans les circonstances je serais d'avis de ne lui accorder que les frais en première instance et en appel mais non pas ceux en cette Cour.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges* MCINTYRE *et* LAMER *sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante: Pépin, Létourneau et Associés, Montréal; Vézina, Pouliot, L'Écuyer & Morin, Ste-Foy.*

*Procureurs de l'intimé Corriveau: Gagnon, de Billy & Associés, Québec.*

**Roberval Express Limitée** *Appellant*;

and

**Transport Drivers, Warehousemen and General Workers Union, Local 106, Vladimiro Massignani and Claude Lauzon** *Respondents.*

File No.: 15687.

1982: October 20; 1982: December 21.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Labour relations — Collective agreement negotiated under Canada Labour Code — Arbitrator appointed to hear grievance — Whether arbitrator constituted a statutory tribunal within the meaning of art. 846 C.C.P. — Criteria to determine whether a tribunal is statutory — Excess of jurisdiction — Writ of evocation — Code of Civil Procedure, arts. 33, 846 — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1 (amended by 1972 (Can.), c. 18, s. 1), ss. 156, 157, 159, 160(5).*

Appellant applied to the Superior Court for a writ of evocation against the decision of an arbitrator, which amended the disciplinary measure imposed by appellant on one of its employees. The Superior Court dismissed the motion and the Court of Appeal upheld the judgment. The primary question was whether an arbitrator appointed under a collective agreement concluded pursuant to the *Canada Labour Code* constituted a statutory tribunal within the meaning of art. 846 *C.C.P.* If so, the question then arises whether the facts alleged disclosed a want or excess of jurisdiction.

*Held*: The appeal should be allowed.

The arbitrator appointed in the case at bar constituted a statutory tribunal within the meaning of art. 846 *C.C.P.* because he was invested with wide duties and powers by statute: this is one of the criteria established by the courts. On the second question, as the arbitrator refused to hear admissible and relevant evidence — a fact which must be taken as proven at the stage of issuing the writ of evocation — this was clearly a case of excess or refusal to exercise his jurisdiction.

*R. v. National Joint Council for the Craft of Dental Technicians*, [1953] 1 Q.B. 704; *Howe Sound Co. v. International Union of Mine, Mill and Smelter Workers*

**Roberval Express Limitée** *Appelante*;

et

**L'Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106, Vladimiro Massignani et Me Claude Lauzon** *Intimés.*

N° du greffe: 15687.

1982: 20 octobre; 1982: 21 décembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Relations de travail — Convention collective négociée en vertu du Code canadien du travail — Nomination d'un arbitre pour décider d'un grief — L'arbitre constitue-t-il un tribunal statutaire au sens de l'art. 846 C.p.c.? — Critères pour déterminer si un tribunal est statutaire — Excès de juridiction — Bref d'évocation — Code de procédure civile, art. 33, 846 — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1 (modifié par 1972 (Can.), chap. 18, art. 1), art. 156, 157, 159, 160(5).*

L'appelante s'est adressée à la Cour supérieure pour obtenir la délivrance d'un bref d'évocation à l'encontre de la décision d'un arbitre qui a modifié la mesure disciplinaire imposée par l'appelante à l'un de ses employés. La Cour supérieure rejeta la requête et la Cour d'appel confirma le jugement. La question principale est de savoir si un arbitre nommé en application d'une convention collective conclue sous l'autorité du *Code canadien du travail* constitue un tribunal statutaire au sens de l'art. 846 *C.p.c.* Dans l'affirmative se pose la question de savoir si les faits allégués font voir un défaut ou un excès de juridiction.

*Arrêt*: Le pourvoi est accueilli.

L'arbitre nommé en l'instance constitue un tribunal statutaire au sens de l'art. 846 *C.p.c.* parce que la loi lui confère d'importants devoirs et pouvoirs. C'est un des critères établis par la jurisprudence. Quant à la deuxième question comme l'arbitre a refusé d'entendre une preuve admissible et pertinente—fait tenu pour avéré au stade de la délivrance du bref d'évocation—il s'agit nettement d'un cas d'excès ou de refus d'exercer sa juridiction.

Jurisprudence: arrêts examinés: *R. v. National Joint Council for the Craft of Dental Technicians*, [1953] 1 Q.B. 704; *Howe Sound Co. c. International Union of*

*(Canada), Local 663*, [1962] S.C.R. 318, affirming (1961), 29 D.L.R. (2d) 76; *Port Arthur Shipbuilding Co. v. Arthurs*, [1969] S.C.R. 85; *Association of Radio and Television Employees of Canada (CUPE-CLC) v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1975] 1 S.C.R. 118, considered; *Vachon v. Attorney General of Quebec*, [1979] 1 S.C.R. 555; *Nordair Ltd. v. Lauzon*, Reid. H, Ferland. D, C.P.C. ANNOTÉ, 1981, v. 3, p. 517, (C.A.); *Re The International Nickel Co. of Canada Ltd. and Rivando*, [1956] O.R. 379, referred to.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal[1] affirming a Superior Court judgment which refused to issue a writ of evocation. Appeal allowed.

*H. Laddie Schnaiberg, Q.C.*, for the appellant.

*Robert Castiglio*, for the respondents.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—This case concerns a motion for a writ of evocation, which was denied both by the Court of Appeal and by the Superior Court.

The action was taken to challenge a decision of an arbitrator appointed in accordance with a collective agreement concluded pursuant to the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1.

The primary question that arises is whether the arbitrator constitutes a statutory tribunal within the meaning of art. 846 *C.C.P.*, and is therefore subject to the superintending and reforming power of the Superior Court under that article.

If he is, the question then arises whether the facts alleged in the motion, taken as proven, disclose a want or excess of jurisdiction by the arbitrator under para. 1 of art. 846 *C.C.P.*, on which appellant relies, and justify the conclusions sought.

Turgeon J.A., writing the unanimous decision of the Court of Appeal, summed up the facts and proceedings in the following manner:

[TRANSLATION]The Transport Drivers, Warehousemen and General Workers Union, Local 106, is an

[1] C.A. Mtl. No. 500-09-001404-771, April 9, 1979.

*Mine, Mill and Smelter Workers (Canada), Local 663*, [1962] R.C.S. 318 confirmant (1961), 29 D.L.R. (2d) 76; *Port Arthur Shipbuilding Co. c. Arthurs*, [1969] R.C.S. 85; *Association des Employés de Radio et Télévision du Canada (SCFP-CTC) c. Société Radio-Canada*, [1975] 1 R.C.S. 118; arrêts mentionnés: *Vachon c. Procureur général du Québec*, [1979] 1 R.C.S. 555; *Nordair Ltd. c. Lauzon*, Reid. H, Ferland. D, C.P.C. ANNOTÉ, 1981, v. 3, p. 517, (C.A.); *Re The International Nickel Co. of Canada Ltd. and Rivando*, [1956] O.R. 379.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec[1] qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure refusant la délivrance d'un bref d'évocation. Pourvoi accueilli.

*H. Laddie Schnaiberg, c.r.*, pour l'appelante.

*Robert Castiglio*, pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Il s'agit d'une requête demandant que soit autorisée la délivrance d'un bref d'évocation qui a été refusée tant par la Cour d'appel que par la Cour supérieure.

Le recours est pris à l'encontre d'une décision d'un arbitre nommé en application d'une convention collective conclue sous l'autorité du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1.

La question principale qui se pose est de savoir si l'arbitre constitue un tribunal statutaire au sens de l'art. 846 *C.p.c.*, soumis en conséquence au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure dans le cadre de cet article.

Dans l'affirmative, la question se pose alors de savoir si les faits allégués dans la requête, tenus pour avérés, font voir un défaut ou un excès de juridiction de la part de l'arbitre suivant l'al. 1 de l'art. 846 *C.p.c.* qu'invoque l'appelante, et justifient les conclusions recherchées.

Le juge Turgeon qui a prononcé l'arrêt unanime de la Cour d'appel, résume les faits et les procédures de la façon suivante:

L'Union des chauffeurs de camions, hommes d'entrepôts et autres ouvriers, local 106, est une association de

[1] C.A. Mtl. nº 500-09-001404-771, 9 avril 1979.

association of employees certified under the Canada Labour Code as representing all drivers employed by appellant company.

Respondent Massignani is a member of the Union and is also a driver employed by appellant. He was dismissed by a representative of appellant company on May 2, 1975. Following this dismissal, Massignani filed a grievance and Mr. Claude Lauzon was appointed to act as sole arbitrator to hear the grievance. It is important to emphasize that Mr. Lauzon was acting under a collective agreement negotiated in accordance with the Canada Labour Code.

At the hearing before the arbitrator, the employer presented evidence in support of its decision to dismiss Massignani and the parties submitted their respective arguments. Following this hearing, the arbitrator rendered a decision in which he vacated the dismissal of Massignani, replaced it by a suspension of one month and ordered appellant to reinstate the employee Massignani in his employment and reimburse him for wages lost since his dismissal, less a period of one month, deducting wages earned in the interim.

Following this arbitral award, appellant applied to the Superior Court for a writ of evocation pursuant to arts. 846 *et seq.* of the Code of Civil Procedure, to vacate the arbitral award on the ground that the arbitrator exceeded his jurisdiction.

At the hearing in the Superior Court, respondent Union and respondent Massignani filed a preliminary objection stating that the proceeding instituted by appellant, namely the motion for a writ of evocation, was not a proceeding authorized by the Code, since an arbitration tribunal constituted under a collective agreement subject to the Canada Labour Code was not a statutory tribunal. The objection was allowed by the Superior Court, which dismissed appellant's motion with costs.

Appellant's motion alleged in substance that during November 1974, April 1975 and May 1975 respondent Massignani failed to perform the duties for which he was employed on several occasions, and was disciplined, and that in May 1975 he was released for insubordination.

In each of these cases, the Union and Massignani filed grievances.

In the submission of appellant, the parties agreed in May 1975 to submit the four grievances to arbitration and Mr. Lauzon was selected as arbitrator.

The motion added that the dismissal of Massignani was the result of the three incidents which preceded it.

salariés, accréditée en vertu du Code canadien du travail pour représenter tous les chauffeurs à l'emploi de la compagnie appelante.

L'intimé Massignani est un membre de l'Union et est également un chauffeur à l'emploi de l'appelante. Il fut congédié par le représentant de la compagnie appelante, le 2 mai 1975. Suite à ce congédiement, Massignani produisit un grief et Me Claude Lauzon fut désigné pour agir à titre d'arbitre unique pour décider du grief. Il faut insister sur le fait que Me Lauzon agissait en vertu d'une convention collective de travail négociée en vertu du Code canadien du travail.

Lors de l'audition devant l'arbitre, l'employeur présenta une preuve pour tenter de justifier sa décision de congédier Massignani et les parties soumirent leurs arguments respectifs. Suite à cette audition, l'arbitre rendit une décision par laquelle il annula le congédiement de Massignani, le remplaça par une suspension d'un mois et ordonna à l'appelante de réintégrer l'employé Massignani dans son emploi et de lui rembourser les salaires perdus depuis son congédiement, moins une période d'un mois, déductions faites des salaires gagnés dans l'intervalle.

Suite à cette décision arbitrale, l'appelante s'adressa à la Cour supérieure pour obtenir l'émission d'un bref d'évocation en vertu des articles 846 et suivants du Code de procédure pour faire annuler la décision arbitrale, au motif que l'arbitre aurait excédé sa juridiction.

Lors de l'audition devant la Cour supérieure, l'Union intimée de même que l'intimé Massignani ont présenté une objection préliminaire à l'effet que le recours intenté par l'appelante, soit la requête pour émission d'un bref d'évocation, n'était pas une procédure permise par le Code, puisque le tribunal d'arbitrage formé en vertu d'une convention collective sujette au Code canadien du travail, n'était pas un tribunal statutaire. L'objection fut accueillie par la Cour supérieure qui rejeta la requête de l'appelante avec dépens.

La requête de l'appelante allègue en substance qu'au cours de novembre 1974, d'avril 1975 et de mai 1975, l'intimé Massignani a commis divers manquements à ses devoirs d'employé pour lesquels il a reçu des mesures disciplinaires, et qu'en mai 1975, il fut remercié de ses services et renvoyé pour cause d'insubordination.

Dans chacun de ces cas, l'Union ainsi que Massignani présentèrent des griefs.

Au cours du mois de mai 1975, selon l'appelante, les parties convinrent de soumettre les quatre griefs à l'arbitrage et Me Lauzon fut choisi comme arbitre.

La requête ajoute que le renvoi de Massignani fut le résultat des trois incidents qui l'avaient précédé.

It alleged that the arbitrator refused to take into account all the evidence led before him or made available to him, and dealt first with the grievance relating to the dismissal. It was also alleged that he limited his decision to the grievance relating to the dismissal.

Turgeon J.A. further observed:

[TRANSLATION]In any case, whether or not the arbitrator erred in weighing the evidence, or in law, he acted within his jurisdiction and did not commit an excess of jurisdiction.

However, it is perhaps not necessary to rule on the merits of the question, since it seems to me that the proceeding instituted by appellant is not a proceeding authorized by the law.

Relying on earlier decisions of the Court of Appeal, in particular *Nordair Ltd. v. Lauzon*, which is not published in the Court of Appeal reports, but which can be found in Reid. H, Ferland. D, C.P.C. ANNOTÉ, 1981, v. 3, p. 517, Turgeon J.A. reaffirmed that an arbitration tribunal constituted in accordance with a collective agreement concluded pursuant to the *Canada Labour Code* is not a statutory tribunal. For this reason, he held that the Superior Court judgment is correct and that the appeal should be dismissed.

It is not in dispute that the writ of evocation, which corresponds in the case at bar to a writ of *certiorari*, can only be brought against a statutory tribunal. What appellant is asking the Court to decide is what is meant by a statutory tribunal.

Several decisions of this Court were cited by the parties in this connection.

The earliest is *Howe Sound Co. v. International Union of Mine, Mill and Smelter Workers (Canada), Local 663*, [1962] S.C.R. 318.

In that case, a writ of *certiorari* was issued against an arbitration tribunal constituted under the *Labour Relations Act* of British Columbia, 1954 (B.C.), c. 17. The case turned on s. 22:

**22.** (1) Every collective agreement entered into after the commencement of this Act shall contain a provision for final and conclusive settlement without stoppage of work, by arbitration or otherwise, of all differences

Il est reproché à l'arbitre d'avoir refusé de tenir compte de toute la preuve faite devant lui ou qui lui était offerte et d'avoir procédé d'abord sur le grief relatif au renvoi. On lui reproche également d'avoir limité sa décision au grief relatif au renvoi.

Plus loin le juge Turgeon écrit:

Quoiqu'il en soit, que l'arbitre se soit trompé ou non dans l'appréciation de la preuve, ou en droit, il a agi à l'intérieur de sa juridiction et il n'a commis aucun excès de juridiction.

Toutefois, il n'est pas peut-être nécessaire de prononcer sur le mérite de la question, puisqu'il m'apparaît que le recours intenté par l'appelante n'est pas un recours permis par la loi.

Se fondant sur la jurisprudence antérieure de la Cour d'appel et notamment sur l'arrêt *Nordair Ltd. c. Lauzon.*, qui n'est pas publié dans les recueils de la Cour d'appel, mais que l'on retrouve dans Reid. H, Ferland. D, C.P.C. ANNOTÉ, 1981, v. 3, p. 517, le juge Turgeon réaffirme qu'un tribunal d'arbitrage formé en application d'une convention collective conclue sous l'autorité du *Code canadien du travail* n'est pas un tribunal statutaire. Il décide pour ce motif que le jugement de la Cour supérieure est bien fondé et que l'appel doit être rejeté.

Il n'est pas en cause que le bref d'évocation qui correspond en l'espèce à un bref de *certiorari*, ne peut être dirigé que contre un tribunal statutaire. Ce sur quoi l'appelante demande à la Cour de se prononcer c'est sur ce qu'il faut entendre par tribunal statutaire.

A ce sujet plusieurs arrêts de cette Cour ont été cités par les parties.

Le premier en date est l'arrêt *Howe Sound Co. c. International Union of Mine, Mill and Smelter Workers (Canada), Local 663*, [1962] R.C.S. 318.

Dans cette affaire, il s'agissait d'un bref de *certiorari* dirigé contre un tribunal d'arbitrage formé en vertu du *Labour Relations Act* de la Colombie-Britannique, 1954 (B.C.), chap. 17. Le débat était centré sur l'art. 22:

[TRADUCTION] **22.** (1) Toute convention collective conclue après l'entrée en vigueur de la présente loi doit contenir une clause de règlement définitif et péremptoire sans arrêt de travail, par voie d'arbitrage ou autrement,

between the persons bound by the agreement concerning its interpretation, application, operation, or any alleged violation thereof.

(2) Where a collective agreement, whether entered into before or after the commencement of this Act, does not contain a provision as required by this section, the Minister shall by order prescribe a provision for such purpose, and a provision so prescribed shall be deemed to be a term of the collective agreement and binding on all persons bound by the agreement.

Cartwright J., as he then was, wrote for the Court at p. 328:

In the Court of Appeal, for the first time, the question was raised whether *certiorari* would lie against this arbitration board; that Court held unanimously that it would not and consequently allowed the appeal without dealing with any other questions.

The issue is succinctly stated in the following paragraph in the reasons of Tysoe J.A.:

> *Certiorari* does not lie against an arbitrator or arbitration board unless the arbitrator or board is a statutory arbitrator or statutory board; that is a person or board to whom by Statute the parties must resort. Prerogative Writs of *Certiorari* and Prohibition do not go to ordinary private arbitration boards set up by agreement of parties: *R. v. National Joint Council for the Craft of Dental Technicians* [1953] 1 Q.B. 704. We must, therefore, decide whether this arbitration board is a private arbitration body set up by agreement, or a statutory board.

In his reasons, with which this Court indicated its agreement in principle, Tysoe J.A. of the Court of Appeal, whose judgment is published in (1961), 29 D.L.R. (2d) 76, continued as follows at p. 79, after the passage cited above:

In my opinion, if the Arbitration Board qualifies as a statutory board, it does so only by reason of the provisions of s. 22 of the *Labour Relations Act*. Without them, I doubt if anyone would suggest the Board would be other than a private arbitration body. The question would, therefore, seem to be, does s. 22 have the effect of constituting the Arbitration Board to which the parties to the collective agreement have agreed to refer for the final settlement of differences, a statutory arbitral tribunal? In my opinion, the answer to this question is in the negative.

de tous les différends entre les personnes liées par la convention en ce qui concerne son interprétation, son champ d'application, son fonctionnement ou toute prétendue violation de celle-ci.

(2) Lorsqu'une convention collective, qu'elle soit conclue avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi, ne contient pas la clause exigée par le présent article, le Ministre doit par ordonnance prescrire une clause à cette fin et une clause ainsi prescrite sera réputée être une disposition de la convention collective et lier toutes les personnes liées par la convention.

Le juge Cartwright, plus tard juge en chef, écrit au nom de la Cour à la p. 328:

[TRADUCTION] La question de savoir si un recours en *certiorari* peut être dirigé contre ce conseil d'arbitrage a été soulevée pour la première fois en Cour d'appel; celle-ci a conclu unanimement que ce n'était pas le cas et elle a en conséquence accueilli l'appel sans examiner aucune autre question.

La question est exposée succinctement dans le paragraphe suivant des motifs du juge Tysoe:

> Un recours en *certiorari* ne peut être dirigé contre un arbitre ou un conseil d'arbitrage à moins qu'il s'agisse d'un arbitre ou d'un conseil d'arbitrage établi par la loi, c'est-à-dire une personne ou un conseil auxquels la Loi oblige les parties à avoir recours. Les brefs de prérogative de *certiorari* et de prohibition ne peuvent être opposés aux simples conseils d'arbitrage internes consensuels mis sur pied de l'accord des parties: *R. v. National Joint Council for the Craft of Dental Technicians* [1953] 1 Q.B. 704. Il faut par conséquent décider si ce conseil d'arbitrage est un organisme d'arbitrage consensuel établi en vertu d'une convention ou un conseil établi par la loi.

Dans ses motifs avec lesquels cette Cour s'est déclarée d'accord en principe, le juge Tysoe de la Cour d'appel dont l'arrêt est publié à (1961), 29 D.L.R. (2d) 76, poursuivait après le passage précité, à la p. 79, en ces termes:

[TRADUCTION] A mon avis, si le conseil d'arbitrage est un conseil établi par la loi, ce n'est qu'en raison des dispositions de l'art. 22 de la *Labour Relations Act*. Sans ces dispositions, je doute qu'on prétende que le conseil soit autre chose qu'un organisme d'arbitrage consensuel. Par conséquent, la question semble être: l'art. 22 a-t-il pour effet de constituer le conseil d'arbitrage, auquel les parties à la convention collective ont convenu de se soumettre pour le règlement définitif des différends, est-ce un tribunal d'arbitrage établi par la loi? A mon avis, il faut répondre négativement à cette question.

Section 22 does not create an arbitral tribunal or any other tribunal or body. It merely requires the parties to a collective agreement to agree between themselves on a method for finally and conclusively settling any differences without stoppage of work, and to embody their agreement in the collective agreement. If they do not do this, the Minister is to do it for them and his method becomes embodied in and forms part of the collective agreement. The method may be "by arbitration or otherwise". The parties may select and provide their own method and the only condition is that it shall achieve the desired result, namely, the final and conclusive settlement of differences without stoppage of work. The Legislature has not said the parties must resort to an Arbitration Board or to any particular person or body of persons. It has left the parties complete freedom of choice in this respect. All the Legislature has said is that there must be a method by which disputes will be finally and conclusively determined without stoppage of work. To find the method one turns to the agreement.

Essentially, it was held by this Court that s. 22, requiring the collective agreement to provide for the settlement of disputes "by arbitration or otherwise", and so leaving the parties to choose their method, did not have the effect of making the arbitration tribunal a statutory tribunal, one to which by statute the parties must resort.

This decision was based on that of the British Queen's Bench Division, in *R. v. National Joint Council for the Craft of Dental Technicians*, [1953] 1 Q.B. 704. The following passages from the judgment of Lord Goddard C.J. may be cited from this case (at pp. 706, 707 and 708):

I think possibly that the court giving leave may have thought at the time that the National Joint Council by reason of its name was a statutory body, but as soon as the court saw the papers in this matter it occurred to them to inquire about the constitution of this body because, unless there is a body set up by statute and which has duties conferred on it by statute so that the parties are bound to resort to it, it appeared to the court that it would be a very novel proceeding indeed if we issued these prerogative writs to it. It turns out that this committee are merely arbitrators appointed under an ordinary submission to arbitration contained in an indenture of apprenticeship.

. . .

L'article 22 ne crée pas de tribunal d'arbitrage ni aucun autre tribunal ou organisme. Il oblige simplement les parties à une convention collective à se mettre d'accord sur un mode de règlement définitif et péremptoire des différends sans arrêt de travail, et à consacrer cet accord par la convention collective. Si elles s'y refusent, le Ministre doit le faire à leur place et ce mode de règlement est consacré par la convention collective et en fait partie. Le mode de règlement peut être «par voie d'arbitrage ou autrement». Les parties peuvent choisir et prévoir leur propre mode de règlement et la seule condition est qu'il doit atteindre le résultat souhaité, savoir le règlement définitif et préremptoire des différends sans arrêt de travail. La législature n'a pas dit que les parties doivent recourir à un conseil d'arbitrage ou à une personne ou un organisme précis. Elle a laissé aux parties l'entière liberté de choix à cet égard. Tout ce que la législature a dit, c'est qu'il doit y avoir un mode suivant lequel les différends seront réglés de façon définitive et péremptoire sans arrêt de travail. Pour trouver le mode prévu, il faut se tourner vers la convention.

Essentiellement, il fut décidé par cette Cour que l'art. 22 portant que la convention collective devait pourvoir au règlement des différends [TRADUCTION] «par voie d'arbitrage ou autrement», laissant par conséquent aux parties un choix quant au moyen, n'avait pas pour effet de faire du Tribunal d'arbitrage un tribunal statutaire, auquel la loi oblige les parties à recourir.

Cet arrêt était fondé sur celui de la Queen's Bench Division d'Angleterre, *R. v. National Joint Council for the Craft of Dental Technicians*, [1953] 1 Q.B. 704. De cet arrêt il convient de citer les passages suivants du juge en chef, lord Goddard (aux pp. 706, 707 et 708):

[TRADUCTION] Il est possible, à mon avis, que la cour qui a donné l'autorisation ait pensé à ce moment que le National Joint Council, en raison de son nom, était un organisme établi par la loi, mais dès que la cour a vu les documents à ce sujet, il lui est apparu nécessaire de s'enquérir de la constitution de cet organisme parce qu'à moins qu'une loi crée un organisme et lui confère des attributions telles que les parties soient tenues de recourir à cet organisme, la cour a estimé que ce serait une nouvelle façon de procéder que de lui délivrer ces brefs de prérogative. Il appert que ce comité est simplement constitué d'arbitres nommés en vertu d'une clause ordinaire d'arbitrage que renferme un contrat d'apprentissage.

. . .

But the bodies to which in modern times the remedies of these prerogative writs have been applied have all been statutory bodies on whom Parliament has conferred statutory powers and duties which, when exercised, may lead to the detriment of subjects who may have to submit to their jurisdiction.

. . .

Certiorari lies to bring up the decision or record of the inferior court to this court with a view to it being quashed. It is granted and directed to one of the inferior courts, such as magistrates' courts and county courts, and it has been extended to the various bodies which have been entrusted by Parliament with duties partly of an administrative character and partly of a judicial character in some cases, but cases in which subjects may be affected by their decisions. There is no instance of which I know in the books where certiorari or prohibition has gone to any arbitrator except a statutory arbitrator, and a statutory arbitrator is a person to whom by statute the parties must resort.

Lord Goddard concluded at p. 708:

For these reasons, I think that it would be a great departure from the law relating to prerogative writs if we were to apply these remedies to an ordinary arbitrator, whether the arbitrator is a single arbitrator or a body of men who are called a council. For these reasons, I am of opinion that we must dismiss these applications on the ground that they are wholly misconceived.

The test applied by this Court in *Howe Sound* (*supra*) to determine whether a tribunal is statutory is that by statute the parties are bound to resort to it. However, it can be seen from reading the passages cited that in them Lord Goddard referred to other tests. I will return to this point below.

In *Port Arthur Shipbuilding Co. v. Arthurs*, [1969] S.C.R. 85, the Court had to consider the Ontario *Labour Relations Act*, R.S.O. 1960, c. 202, s. 34(1) of which read:

Every collective agreement shall provide for the final and binding settlement by arbitration, without stoppage of work, of all differences between the parties arising from the interpretation, application, administration or alleged violation of the agreement, including any question as to whether a matter is arbitrable.

Mais les organismes auxquels ont été appliqués, de nos jours, les redressements qu'offrent ces brefs de prérogative sont tous des organismes établis par la loi auxquels le Parlement a attribué des pouvoirs et des obligations prévus par la loi qui, lorsqu'ils sont exercés, peuvent porter préjudice aux citoyens qui peuvent avoir à se soumettre à leur juridiction.

. . .

Le certiorari est recevable pour évoquer une décision d'une cour d'instance inférieure devant cette cour en vue de la faire annuler. Il est accordé et adressé à une des cours d'instance inférieure, telles les cours de magistrats et les cours de comté, et il s'adresse aussi aux divers organismes auxquels le Parlement a confié des attributions en partie de nature administrative et en partie de nature judiciaire dans certains cas, mais dans les cas dans lesquels les décisions peuvent porter atteinte à des citoyens. Je ne connais aucun précédent dans lequel le certiorari ou la prohibition ont été adressés à un arbitre sauf un arbitre établi par la loi, et un arbitre établi par la loi est une personne à laquelle, en vertu de la loi, les parties doivent s'adresser.

Lord Goddard conclut à la p. 708:

[TRADUCTION] Pour ces motifs, j'estime que ce serait beaucoup s'écarter du droit relatif aux brefs de prérogative s'il fallait appliquer ces redressements à un arbitre ordinaire, qu'il s'agisse d'une personne seule ou d'un groupe de personnes formant conseil. Pour ces motifs, je suis d'avis que ces demandes doivent être rejetées parce qu'elles sont entièrement irrecevables.

Le critère retenu par cette Cour dans l'affaire *Howe Sound* (précitée) pour déterminer si un tribunal est statutaire est celui qui veut que la loi oblige les parties à y recourir. Il suffit cependant de lire les passages cités pour constater que lord Goddard y fait allusion à d'autres critères. J'y reviendrai.

Dans *Port Arthur Shipbuilding Co. c. Arthurs*, [1969] R.C.S. 85, la Cour avait à considérer le *Labour Relations Act* de l'Ontario, R.S.O. 1960, chap. 202, dont le par. 34(1) se lisait:

[TRADUCTION] Chaque convention collective doit prévoir le règlement définitif et exécutoire par arbitrage, sans arrêt de travail, de tous les différends entre les parties relatifs à l'interprétation, l'application, l'administration ou la prétendue violation de la convention, et à toute question quant à savoir si un cas peut être soumis à l'arbitrage.

Applying again the test stated by Lord Goddard, under which the Act must require the parties to resort to the tribunal, this Court held in brief that the tribunal in s. 34(1) was a statutory tribunal against which a writ of *certiorari* could be brought.

This Court at the same time approved the judgment of the Ontario Court of Appeal in *Re The International Nickel Co. of Canada Ltd. and Rivando*, [1956] O.R. 379, the reasoning of which Judson J., speaking for this Court, said he adopted. Judson J. cited *inter alia* the following passage from Aylesworth J.A., who delivered the judgment of the Court of Appeal in the latter case:

> Consideration of these statutory provisions makes it abundantly clear that the parties are under compulsion to arbitrate their differences. The parties are directed by statute as to the matters which must be governed by arbitration; they are told that they must abide by the award and they are also told, (a) that if they fail to include in their collective agreement an arbitration provision, then the statutory provision in subs. (2) will form part of their agreement, subject in proper cases to modification of the provision by the Labour Relations Board, and (b) that if they fail to appoint an arbitrator or to constitute a Board of Arbitration, the necessary appointments will be made by the Minister of Labour.
>
> With respect, it seems to me that the element and degree of compulsion inherent in the *Labour Relations Act* regarding arbitration of industrial disputes establishes the instant Board of Arbitration as a statutory Board. If this be so, then admittedly *certiorari* may issue to it from this Court.

Before discussing further the nature of the tribunal, whether statutory or otherwise, it may be useful to make the following observations on another argument made by appellant, namely that if the remedy in evocation is not available, its motion should be considered as a direct action in nullity under art. 33 *C.C.P.*

In *Port Arthur* (*supra*) Judson J., after concluding that the Court in s. 34(1) of the Ontario Act was a statutory tribunal against which *certiorari* was accordingly an appropriate remedy, added that in any case at common law a decision of such

En retenant toujours le critère énoncé par lord Goddard qui veut que la loi oblige les parties à y recourir, cette Cour a décidé en bref que le Tribunal visé par le par. 34(1) était un tribunal statutaire contre lequel un bref de *certiorari* pouvait être dirigé.

Cette Cour approuvait du même coup le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Re The International Nickel Co. of Canada Ltd. and Rivando*, [1956] O.R. 379, dont le juge Judson, au nom de cette Cour, déclare adopter le raisonnement. Le juge Judson cite notamment le passage suivant du juge Aylesworth qui avait prononcé le jugement de la Cour d'appel dans cette dernière affaire:

> [TRADUCTION] L'examen de ces dispositions législatives indique clairement que les parties ont l'obligation de soumettre leurs différends à l'arbitrage. Le texte législatif prescrit aux parties quelles questions doivent être régies par l'arbitrage; il leur dit qu'elles doivent se conformer à la sentence et il leur dit en outre a) que si elles omettent d'inclure dans leur convention collective une disposition relative à l'arbitrage, la disposition législative prévue au par. (2) fera partie de la convention, sous réserve, dans les cas appropriés, de modification de la disposition par la Commission des relations de travail, et b) que si elles omettent de nommer un arbitre ou de constituer un conseil d'arbitrage, le ministre du Travail le fera à leur place.
>
> Avec égards, il me semble que la présence et l'importance de l'obligation que comporte *The Labour Relations Act* relativement à l'arbitrage des griefs dans l'industrie font que le conseil d'arbitrage est un conseil établi par la loi. Si c'est le cas, il est reconnu que cette Cour peut lui délivrer un *certiorari*.

Avant de poursuivre sur le caractère statutaire ou non du tribunal, il est à propos de faire les commentaires suivants sur un autre moyen plaidé par l'appelante voulant que si le recours à l'évocation n'est pas disponible, sa requête soit considérée comme une action directe en nullité sous l'art. 33 *C.p.c.*

Dans l'affaire *Port Arthur* (précitée), le juge Judson après avoir conclu que le tribunal du par. 34(1) de la loi ontarienne était un tribunal statutaire contre lequel par conséquent le *certiorari* était un recours approprié, ajoute que de toute

a tribunal was subject to the superintending and reforming power, and he wrote at p. 95:

> In Ontario relief by way of *certiorari* is obtained in an originating motion and no writ is issued. This is the same procedure that is used to quash an award of a private arbitrator or arbitration tribunal. The notice of motion in these proceedings makes it clear that the relief asked for is an order quashing the award. It does not seem to me to be of any consequence that the motion contains a reference to *certiorari*. The procedure is the same and in my opinion this notice of motion is sufficient to justify an order quashing the award.

The same reasoning is restated by Laskin J., as he then was, in *Association of Radio and Television Employees of Canada (CUPE-CLC) v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1975] 1 S.C.R. 118. In that case Laskin J. dissented. On this question, however, dealing with the competence of the Manitoba Court of Queen's Bench, the Court was unanimous. Martland J., speaking for the majority, wrote at p. 127:

> I am in agreement with the reasons of my brother Laskin maintaining the jurisdiction of the Court of Queen's Bench of Manitoba to deal with the application which was made to it by the respondent.

In that case the Court had to consider s. 19 of the *Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, R.S.C. 1952, c. 152, subsequently incorporated in the *Canada Labour Code*. Section 19 provided only that any collective agreement should contain a provision "for final settlement without stoppage of work, by arbitration or otherwise, of all differences . . . concerning its meaning or violation". The passage which I wish to cite from the judgment of Laskin J. in this case is the following, at pp. 136-37:

> However, the Court in the *Howe Sound* case did go on to say that the fact that *certiorari* would not lie did not mean that review under the common law or under a general arbitration statute was precluded.
>
> This latter point was restated and expanded by this Court in *Port Arthur Shipbuilding Co. v. Arthurs*, [1969] S.C.R. 85, at pp. 94-95. The effect of what was

façon une décision d'un tel tribunal était sujette au pouvoir de surveillance et de contrôle en vertu de la *common law* et il écrit à la p. 95:

> [TRADUCTION] En Ontario, le redressement au moyen du *certiorari* s'obtient par une requête introductive d'instance et aucun bref n'est délivré. La même procédure est employée pour annuler la sentence d'un arbitre consensuel ou celle d'un tribunal d'arbitrage. Dans ces procédures, l'avis de requête indique clairement que le remède demandé est une ordonnance annulant la sentence. Il ne me paraît pas important que la requête comporte une mention du *certiorari*. La procédure est la même et, à mon avis, cet avis de requête est suffisant pour justifier une ordonnance annulant la sentence.

Ce même raisonnement est repris par le juge en chef Laskin, alors juge puîné, dans *Association des Employés de Radio et Télévision du Canada (SCFP-CTC) c. Société Radio-Canada*, [1975] 1 R.C.S. 118. Le juge en chef Laskin, dans cette affaire, était dissident. Sur cette question toutefois qui traitait de la compétence de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, la Cour fut unanime. Le juge Martland qui a rendu le jugement majoritaire écrit à la p. 127:

> J'adopte les motifs de mon collègue le Juge Laskin reconnaissant la compétence de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba pour connaître de la demande qui lui a été faite par l'intimée.

La Cour dans cette affaire avait à considérer l'art. 19 de la *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*, S.R.C. 1952, chap. 152, intégrée depuis au *Code canadien du travail*. L'article 19 prévoyait seulement que toute convention collective doit contenir une disposition «pour le règlement définitif, sans suspension de travail, par arbitrage ou autrement, de tous différends, ... concernant le sens ou la violation de la convention.» Le passage du juge en chef Laskin que je veux citer de cet arrêt est le suivant, aux pp. 136 et 137:

> Cependant, la Cour dans l'affaire *Howe Sound* a poursuivi en disant que le fait qu'il n'y avait pas ouverture à *certiorari* ne signifiait pas qu'une révision en vertu de la common law ou en vertu d'une loi générale sur l'arbitrage était exclue.
>
> Cette Cour a reformulé et élargi ce dernier point dans l'affaire *Port Arthur Shipbuilding Co. c. Arthurs*, [1969] R.C.S. 85, aux pp. 94-95. L'effet de ce qui y a

said there is to deny homage to technicality, and to make it clear that where the proceedings to review a decision of a board of arbitration are by way of a motion to quash or to set aside the award, dispensing with the issue of a writ of *certiorari*, it matters not whether the board of arbitration is or is not a statutory tribunal in any strict sense. I agree with this view of the issue and would add that it would be equally resolved by the bringing of an action for a declaration. Having regard to the form of the proceedings in the present case, it is unnecessary to consider whether the board of arbitration was a statutory tribunal in the *Rivando* sense or was a non-statutory tribunal in the *Howe Sound* sense. In either case, there was jurisdiction in the Manitoba Court of Queen's Bench.

Relying on this decision and on what was said on the point in *Howe Sound* and *Port Arthur* (*supra*), counsel for the appellant, in his submission, invited the Court to apply similar reasoning to the provisions of the *Code of Civil Procedure*, so that in the absence of a remedy in evocation, his motion could be considered an originating motion under art. 33 *C.C.P.* He argued that quite apart from the possibility of evocation, an arbitration tribunal remains subject to the superintending and reforming power of the Superior Court under art. 33 *C.C.P.*, and this was admitted by counsel for the respondents, who wrote in his submission:

[TRANSLATION]It is beyond question that the Superior Court has an inherent superintending and reforming power over an arbitration tribunal such as that established in the case at bar. This jurisdiction was codified by the Quebec legislator in article 33 of the Code of Civil Procedure.

On the resemblance between the remedy under art. 33 *C.C.P.* and that of evocation, the Court was referred to the following passages from the opinion of Pigeon J., speaking for the Court, in *Vachon v. Attorney General of Quebec*, [1979] 1 S.C.R. 555 at pp. 560-61:

It should be noted that art. 846 *C.C.P.* is in permissive, not in mandatory, form. This was accepted by the Court of Appeal in a unanimous decision affirmed in this Court, *City of Chicoutimi v. Séminaire de Chicoutimi*, [1970] C.A. 413, aff'd. [1973] S.C.R. 681, Montgomery J.A. said, (at p. 415):

été dit est de refuser de s'incliner devant des questions de forme et de faire voir clairement que lorsque les procédures en vue de la révision d'une décision d'un conseil d'arbitrage se font au moyen d'une requête en annulation ou cassation de sentence, sans délivrance d'un bref de *certiorari*, il n'est pas important que le conseil d'arbitrage soit ou ne soit pas un tribunal statutaire dans un sens strict. Je souscris à cette façon de voir la question et je veux ajouter que celle-ci serait également résolue par l'institution d'une action déclaratoire. En ce qui a trait à la forme des procédures en l'espèce présente, il n'est pas nécessaire de considérer si le conseil d'arbitrage était un tribunal statutaire au sens de l'affaire *Rivando* ou s'il était un tribunal non statutaire au sens de l'affaire *Howe Sound*. Dans un cas comme dans l'autre, la Cour du Banc de la Reine du Manitoba était compétente.

S'appuyant sur cet arrêt et sur ce qui a été dit sur le sujet dans les arrêts *Howe Sound* et *Port Arthur* (précités), le procureur de l'appelante a, dans son mémoire, invité la Cour à appliquer un raisonnement analogue aux dispositions du *Code de procédure civile* de sorte qu'en l'absence d'un recours en évocation, sa requête soit considérée comme introductive d'instance en vertu de l'art. 33 *C.p.c.* Indépendamment de l'évocation, un tribunal d'arbitrage demeure, dit-il, soumis au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure en vertu de l'art. 33 *C.p.c.*, ce que reconnaît le procureur des intimés qui écrit dans son mémoire:

Il est incontestable que la Cour supérieure a un droit inhérent de surveillance et de contrôle sur un tribunal d'arbitrage tel que constitué en l'espèce. Cette juridiction a été codifiée par le législateur québécois à l'article 33 du Code de procédure civile.

Quant au rapprochement entre le recours de l'art. 33 *C.p.c.* et celui de l'évocation, l'on nous a cité les passages suivants de l'opinion du juge Pigeon rendant le jugement de la Cour dans *Vachon c. Procureur général du Québec*, [1979] 1 R.C.S. 555 aux pp. 560 et 561:

Il faut bien observer que l'art. 846 *C.p.c.* n'est pas une disposition impérative mais facultative, la Cour d'appel l'a reconnu dans un arrêt unanime confirmé par cette Cour, *La Cité de Chicoutimi c. Séminaire de Chicoutimi*, [1970] C.A. 413, conf. [1973] R.C.S. 681 où le juge Montgomery dit à la p. 415:

... Even if evocation should be an appropriate remedy, this would not in itself establish that there is no other remedy; I find nothing in the code to suggest that such an exception may not be taken before the Provincial Court.

Of course, the litigant who needs a stay of proceedings or wishes to paralyze the administrative process, is in a way obliged to resort to evocation under art. 846. However, if he is merely seeking to have a regulatory provision declared void, how is he prevented from proceeding by action in accordance with the general rule:

> 110. Unless otherwise provided, every action is instituted by a writ of summons in the name of the Sovereign.

. . .

It is quite true that art. 834 prohibits evocation and certain other remedies without prior authorization, but nowhere does the *Code* prohibit a declaratory action or a motion for a declaratory judgment in respect of claims that may be urged by an extraordinary remedy contemplated in this article.

. . .

In my view, the same general principles must be applied when the question is whether the appropriate procedure is an ordinary action or an application for evocation. The only consequence of resorting to an action or to a motion for a declaration rather than to an application for evocation in a case coming within art. 846 *C.C.P.*, is that the plaintiff does not obtain a staying order.

It can probably also be said that once the writ has been issued there is no longer any difference between the evocation procedure and the action in nullity under art. 33 *C.C.P.* Before that stage is reached, however, there are significant differences. Thus, while a pending case may be evoked, there can only be a direct action against a decision which has been rendered. Additionally, while under art. 33 *C.C.P.* there can only be an action in nullity in cases of excess of jurisdiction or an injustice amounting to fraud, art. 846 *C.C.P.* provides for other cases of evocation. The argument of appellant may be valid in a case like that before the Court, where the arbitrator has rendered his decision, it is his jurisdiction which is at issue and the conclusions of the motion contain all the components of the conclusions in an action in nullity;

[TRADUCTION] ... Même si l'évocation est le recours approprié, cela ne signifie pas nécessairement qu'il n'existe aucun autre recours; rien au Code ne dit que cette exception ne peut être soulevée devant la Cour provinciale.

Évidemment le justiciable qui a besoin d'un sursis, celui qui veut paralyser le processus administratif, se trouve en quelque sorte obligé de recourir à la procédure d'évocation prévue à l'art. 846. Mais si un justiciable ne recherche que la déclaration de la nullité d'un texte réglementaire, qu'est-ce qui l'empêche de procéder par action en vertu du principe général:

> 110. A moins qu'il n'en soit autrement prescrit, une action commence par un bref d'assignation au nom du Souverain.

. . .

Il est bien vrai que l'art. 834 défend d'exercer l'évocation et certains autres recours sans autorisation préalable, mais nulle part le *Code* ne défend de recourir à l'action déclaratoire pour faire valoir des droits susceptibles de faire l'objet d'un recours extraordinaire visé à cet article.

. . .

Il faut, je crois, appliquer les mêmes principes directeurs lorsque la question est de savoir si la procédure appropriée est une action ordinaire ou une demande d'évocation. A mon avis, la seule conséquence du recours à une action ou à une requête plutôt qu'à une demande d'évocation, dans un cas visé par l'art. 846 *C.p.c.*, c'est que le demandeur n'obtient pas de sursis.

On peut probablement dire aussi qu'après l'émission du bref il n'y a plus aucune différence entre la procédure d'évocation et l'action en nullité de l'art. 33 *C.p.c.* Avant ce stade, il y a toutefois des différences importantes. Ainsi, tandis que peut être évoquée une affaire pendante, il n'y a d'action directe que contre une décision rendue. Tandis par ailleurs qu'il n'y a d'action en nullité en vertu de l'art. 33 *C.p.c.* que dans le cas d'excès de juridiction ou d'injustice équivalente à fraude, l'art. 846 *C.p.c.* prévoit, lui, d'autres cas d'évocation. L'argument de l'appelante vaudrait peut-être dans une affaire comme celle-ci où l'arbitre a rendu sa décision, où c'est sa juridiction qui est mise en cause et où les conclusions de la requête comprennent tous les éléments des conclusions d'une action en nullité. Mais, à mon avis, il ne pourrait valoir

in my opinion, however, it may not apply in every case.

At all events, counsel for the appellant did not persist in this line of argument at the hearing and did not need to do so if, as I consider, he should succeed on his other argument.

I return, therefore, to the fundamental question of whether an arbitrator appointed in accordance with a collective agreement concluded pursuant to the *Canada Labour Code* constitutes a statutory tribunal within the meaning of art. 846 *C.C.P.*

As I have tried to show, the only test which has been applied thus far is that stated by Lord Goddard in *R. v. National Joint Council for the Craft of Dental Technicians* (*supra*), to the effect that a tribunal to which by statute the parties must resort is statutory.

I mentioned above that Lord Goddard referred to other tests, on which he did not need to rely in the case before him. These are set forth in the three passages from his opinion cited above.

In addition to the obligation on the parties to resort to this tribunal, in the first passage Lord Goddard speaks of a body set up by statute, which has duties conferred on it by statute. In the second, he speaks of powers and duties conferred by statute, which when exercised may lead to the detriment of subjects who may have to submit to their jurisdiction. In the third, he speaks of bodies which have been entrusted by Parliament with duties partly of an administrative character and partly of a judicial character in some cases, the decisions of which may affect the parties.

In my view the key point to be noted is this characteristic, referred to three times by Lord Goddard, which consists of duties and powers conferred by statute and which seems to me to be as important in classifying a tribunal as the obligation to resort to that tribunal or, what would be more correct in the context, the absence of a choice whereby the parties may adopt this method or some other to resolve their differences.

The test that the statute must require the parties to resort to the tribunal is sure and easy to apply

dans tous les cas.

De toute façon, le procureur de l'appelante, à l'audience, n'a pas persévéré dans cette voie et ce moyen ne lui est pas nécessaire s'il doit, comme je le pense, réussir sur son autre moyen.

Je reviens donc à la question fondamentale de savoir si un arbitre nommé en application d'une convention collective conclue sous l'autorité du *Code canadien du travail* constitue un tribunal statutaire au sens de l'art. 846 *C.p.c.*

Comme j'ai tenté de le démontrer, le seul critère qui a été retenu jusqu'ici est celui énoncé par lord Goddard dans *R. v. National Joint Council for the Craft of Dental Technicians* (précité), qui veut que soit déclaré statutaire un tribunal auquel la loi oblige les parties à recourir.

J'ai mentionné plus haut que lord Goddard a fait allusion à d'autres critères sur lesquels il n'avait pas besoin de s'appuyer dans l'affaire qu'il avait à décider. Ceux-ci sont énoncés dans les trois passages précités de son opinion.

Outre l'obligation faite aux parties d'y recourir, dans le premier passage lord Goddard parle d'un organisme constitué par la loi, auquel la loi impose des devoirs. Dans le second, il parle de pouvoirs et devoirs conférés par la loi dont l'exercice peut affecter les personnes qui peuvent être tenues de s'y soumettre. Dans le troisième, il parle d'organisme auxquels le Parlement a confié des devoirs en partie administratifs et en partie quasi-judiciaires et dont les décisions affectent les parties.

Ce qu'il faut surtout retenir, à mon avis, c'est cet attribut dont lord Goddard parle à trois reprises et qui consiste en des devoirs conférés par la loi et qui, pour caractériser un tribunal, me paraît aussi important que l'obligation de recourir à ce tribunal ou, ce qui dans le contexte serait plus exact, l'absence de choix donné aux parties d'adopter ce moyen ou un autre pour résoudre leurs différends.

Le critère qui veut que la loi oblige les parties à recourir au tribunal est un critère d'application

when it must be given a positive application, as in the case of the Ontario statute, which imposes an obligation to include an arbitral clause, as was held in *Rivando* and *Port Arthur* (*supra*).

However, when it is given a negative application, as in *Howe Sound* (*supra*), I do not see why the Court should not go further and consider the other tests mentioned by Lord Goddard, in particular that relating to the conferring of powers and duties by statute. A distinction must be recognized between, on the one hand, a tribunal invested with wide powers by statute, the award of which is binding on the parties and defines their rights, and on the other, a clearly consensual tribunal which owes its existence solely to the will of the parties, the only jurisdiction and powers of which are those conferred on it by the parties, and the award of which will be binding or not depending on whether the parties have so provided or not.

The mere fact that the parties have been left the choice of another method of reconciling their differences should not be the sole determining factor, when they have in fact selected arbitration and this arbitration which they have selected is governed by statute. Convenient though the test that the statute must require the parties to resort to a tribunal may be in determining its statutory nature, when that is the case, it should not remove from consideration the intrinsic nature of the tribunal itself once it has been selected.

In the same way, and although the analogy is not complete, when the *Federal Court Act* in s. 17 confers concurrent jurisdiction on the Federal Court and other courts, it gives the parties a choice as to the tribunal before which they will appear. This fact does not affect the nature of the tribunal selected.

What is important to note in the case at bar is that the reason this test was not mentioned in *Howe Sound* (*supra*) or in *Association of Radio and Television Employees of Canada* (*supra*) is that the *Labour Relations Act* in the first case, and the *Industrial Relations and Disputes Investigation Act* in the second, were silent as to the powers of the tribunal which could be applied to

facile et sûre lorsqu'il doit recevoir une application positive comme au regard de la loi ontarienne qui impose l'obligation d'inclure une clause d'arbitrage ainsi qu'en ont décidé les arrêts *Rivando* et *Port Arthur* (précités).

Mais lorsqu'il reçoit une application négative, comme dans l'affaire *Howe Sound* (précitée), je ne vois pas pourquoi l'on ne pourrait chercher plus loin et considérer les autres critères mentionnés par lord Goddard, notamment celui ayant trait à l'attribution par la loi de pouvoirs et de devoirs. Il faut reconnaître la différence entre d'une part un tribunal que la loi investit de pouvoirs importants et dont la sentence lie les parties et définit leurs droits et d'autre part, un tribunal purement consensuel qui ne doit son existence qu'à la seule volonté des parties, dont la seule compétence et les seuls pouvoirs sont ceux que lui ont conférés les parties, et dont la sentence sera ou non obligatoire selon ce qu'en ont disposé les parties.

Le seul fait qu'on laisse le choix aux parties d'adopter un autre mode de règlement de leurs différends ne saurait être le seul facteur déterminant lorsqu'elles ont de fait choisi l'arbitrage et que cet arbitrage qu'elles ont choisi est régi par la loi. Aussi commode que puisse être le critère qui veut que la loi oblige les parties à s'adresser à un tribunal pour déterminer sa nature statutaire lorsque tel est le cas, il ne doit pas écarter la considération du caractère intrinsèque du tribunal lui-même une fois qu'on l'a choisi.

De la même manière et bien que l'analogie soit imparfaite, lorsque la *Loi sur le Cour fédérale* à son art. 17 confère une compétence concurrente à la Cour fédérale et aux autres tribunaux, elle donne aux parties un choix à faire quant au tribunal auquel elles s'adresseront. Ce fait n'affecte pas le caractère du tribunal choisi.

Ce qu'il faut noter en l'espèce c'est que si ce critère n'a pas été mentionné dans l'arrêt *Howe Sound* (précité), non plus que dans l'arrêt *Association des Employés de Radio et Télévision du Canada* (précité), c'est que la *Labour Relations Act* dans le premier cas, et la *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail* dans le second, étaient silen-

by the parties. The same is true of the Ontario statute, considered in *Rivando* (*supra*) and *Port Arthur* (*supra*).

That is not true of the *Canada Labour Code* as it stood in 1975, the year in which these proceedings began, as the result of amendments introduced in 1972, ten years after *Howe Sound* (*supra*), by the *Act to amend the Canada Labour Code*, 1972 (Can.), c. 18.

Section 157, added in 1972, confers on the arbitrator a number of powers including, under para. (*d*), that of altering the disciplinary measure imposed by an employer and substituting some other penalty for it. As counsel for the appellant pointed out, these powers are not in any way conferred on the arbitrator by the collective agreement. Section 157 reads:

**157.** An arbitrator appointed pursuant to a collective agreement or an arbitration board

(*a*) shall determine his or its own procedure, but shall give full opportunity to the parties to the proceeding to present evidence and make submissions to him or it;

(*b*) has, in relation to any proceeding before him or it, the powers conferred on the Board, in relation to any proceeding before the Board, by paragraphs 118(*a*), (*b*) and (*c*);

(*c*) has power to determine any question as to whether a matter referred to him or it is arbitrable; and

(*d*) where

(i) he or it determines that an employee has been discharged or disciplined by an employer for cause, and

(ii) the collective agreement does not contain a specific penalty for the infraction that is the subject of the arbitration,

has power to substitute for the discharge or discipline such other penalty as to the arbitrator or arbitration board seems just and reasonable in the circumstances.

Subsection (5) of s. 160 extends the arbitrator's powers beyond the duration of the collective agreement. That subsection reads:

(5) Where a difference arises between the parties to a collective agreement relating to a provision contained in the collective agreement during the period from the date of its termination to the date the requirements of paragraphs 180(1)(*a*) to (*d*) have been met,

cieuses quant aux pouvoirs du tribunal que pouvaient se donner les parties. De même la loi ontarienne, considérée dans l'arrêt *Rivando* (précité) et l'arrêt *Port Arthur* (précité).

Il en va tout autrement du *Code canadien du travail* tel qu'il existait en 1975, année où ont commencé ces procédures, grâce aux modifications introduites en 1972, dix ans après l'arrêt *Howe Sound* (précité), par la *Loi modifiant le Code canadien du travail*, 1972 (Can.), chap. 18.

L'article 157 ajouté en 1972 confère à l'arbitre de nombreux pouvoirs dont, suivant l'al. *d*), celui de modifier la mesure disciplinaire imposée par un employeur et d'y substituer une autre mesure. Comme le fait valoir le procureur de l'appelante ce n'est pas la convention collective qui confère ces pouvoirs à l'arbitre. L'article 157 se lit:

**157.** Un arbitre nommé en application d'une convention collective ou un conseil d'arbitrage

*a*) doit établir sa propre procédure, tout en donnant aux parties en l'instance toute possibilité de lui présenter une preuve et de lui faire des observations;

*b*) a, relativement à toute procédure engagée devant lui, les pouvoirs conférés au Conseil par les alinéas 118*a*), *b*) et *c*) relativement à toute procédure engagée devant ce dernier;

*c*) a pouvoir de trancher la question de savoir si une affaire portée devant lui peut être soumise à l'arbitrage; et,

*d*) quand

(i) il décide qu'un employé a été congédié ou que des mesures disciplinaires ont été prises contre lui par un employeur pour une raison suffisante, et que

(ii) la convention collective ne stipule pas de sanction particulière pour l'infraction soumise à l'arbitrage,

a pouvoir de substituer à la décision de congédiement ou aux mesures disciplinaires toute autre sanction qui lui paraît juste et raisonnable dans les circonstances.

Le paragraphe 5 de l'art. 160 prolonge les pouvoirs de l'arbitre au-delà de la durée de la convention collective. Ce paragraphe se lit:

(5) Lorsqu'un conflit portant sur une disposition d'une convention collective surgit entre les parties à la convention entre la date d'expiration de celle-ci et celle à laquelle ont été remplies les conditions des alinéas 180(1)*a*) à *d*),

(*a*) an arbitrator or arbitration board may hear and determine the difference; and

(*b*) sections 155 to 159 apply to the hearing and determination.

Additionally, it is subs. (1) of s. 156 itself and not the clauses of the collective agreement which confers finality on the settlement of a dispute by arbitration. Section 159 provides for implementation of the arbitral award.

Finally, the legislator himself appears to have recognized the statutory nature of the arbitrator by at the same time enacting a privative clause, namely subs. (2) of s. 156:

(2) No order shall be made, process entered or proceeding taken in any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise, to question, review, prohibit or restrain an arbitrator or arbitration board in any of his or its proceedings under this Part.

As counsel for the appellant submitted, such a privative clause would definitely not be necessary to exclude an action by *certiorari* if the arbitrator was purely consensual, since in such a case there would be no basis for a writ of *certiorari*.

It can be seen that this *Canada Labour Code* tribunal is quite different from that in question in the decisions of this Court considered above.

Discussing the Ontario legislation considered in *Rivando* and *Port Arthur* (*supra*), Laskin J. wrote in *Association of Radio and Television Employees of Canada* (*supra*), at p. 135-36:

It could not be said that boards of arbitration under the then Ontario legislation had their statutory powers and duties conferred by that legislation. Yet this was one of the tests of subjection to *certiorari* which was mentioned by Lord Goddard in *Regina v. National Joint Council for the Craft of Dental Technicians*, [1953] 1 Q.B. 704, upon which the Court in the *Rivando* case relied.

Relying on this test, and having in mind the provisions of the *Canada Labour Code* added in 1972, conferring wide duties and powers on the

*a*) un arbitre ou un conseil d'arbitrage peut instruire l'affaire et la régler; et

*b*) les articles 155 à 159 s'appliquent à l'instruction et au règlement de l'affaire.

Par ailleurs, c'est le par. (1) de l'art. 156 lui-même et non les clauses de la convention collective qui donne au règlement d'un différend par arbitrage un caractère définitif. L'article 159, pour sa part, pourvoit à l'exécution de la décision arbitrale.

Enfin, le législateur lui-même semble avoir reconnu le caractère statutaire de l'arbitre en édictant à la même occasion une clause privative, soit le par. (2) de l'art. 156:

(2) Aucune ordonnance ne peut être rendue, aucun bref ne peut être décerné ni aucune procédure ne peut être engagée, par ou devant un tribunal, soit sous forme d'injonction, *certiorari*, prohibition ou *quo warranto*, soit autrement, pour mettre en question, reviser, interdire ou restreindre une activité exercée en vertu de la présente Partie par un arbitre ou un conseil d'arbitrage.

Comme le soumet le procureur de l'appelante, une telle clause privative ne serait aucunement nécessaire pour écarter le recours par voie de *certiorari* si l'arbitre était purement consensuel puisqu'en pareil cas il n'y aurait pas ouverture au bref de *certiorari*.

On voit que ce tribunal du *Code canadien du travail* est bien différent de celui dont il était question dans les arrêts de cette Cour analysés plus haut.

Traitant de la législation ontarienne examinée dans les arrêts *Rivando* et *Port Arthur* (précités), le juge en chef Laskin écrit dans l'*Association des Employés de Radio et Télévision du Canada* (précité), à la p. 136:

On ne saurait dire que les conseils d'arbitrage sous le régime de la législation ontarienne d'alors s'étaient vu conférer leurs droits et attributions statutaires par ladite législation. Pourtant, c'était un des critères d'assujettissement à *certiorari* qui avait été mentionné par Lord Goddard dans l'arrêt *Regina v. National Joint Council for the Craft of Dental Technicians*, [1953] 1 Q.B. 704, sur lequel la Cour s'est fondée dans l'affaire *Rivando*.

M'appuyant sur ce critère, et vu les dispositions du *Code canadien du travail* ajoutées en 1972 et qui confèrent à l'arbitre d'importants devoirs et

arbitrator, I am of the view that once the parties have chosen arbitration as a final method for settling their differences, the arbitrator appointed in accordance with a collective agreement concluded pursuant to the *Canada Labour Code* is a statutory tribunal and that cases pending before him and his decisions are subject to being evoked pursuant to art. 846 *C.C.P.*

The allegations of the motion relating to the refusal by the arbitrator to exercise his jurisdiction are the following:

12. THAT it was the intention of all the parties hereto, to have the Respondent Arbitrator, arbitrate the four grievances as can be seen in Exhibits P-3, P-4, P-5 and P-6;

13. THAT when Petitioner attempted to make its proof on the grievances, the Respondent-Union objected to the Proof on the first three instances on which a disciplinary measure was imposed, stating that they were subject to grievance, and that we were proceeding only in the case involving dismissal;

14. THAT in spite of arguments submitted, the Arbitrator refused to consider the first three instances, and only proceeded in the grievance involving dismissal, Exhibit P-6, contrary to the intent of the parties;

15. THAT on October 7, 1975, the Respondent-Arbitrator, limits his decision to one grievance, namely the grievance concerning dismissal, reducing the dismissal to one month's suspension and fails to take into consideration, the three other matters above-mentioned, a copy of the said decision is herewith produced as Exhibit P-9;

. . .

17. THAT the dismissal of Respondent-Employee was as a result of the three previous incidents which led to his dismissal by Petitioner;

18. THAT the Petitioner established before the arbitrator, the events which led to all the disciplinary measures, including the dismissal;

19. THAT the Arbitrator's refusal to take into consideration, all the proof in front of him, was an excess of jurisdiction, and a declination of jurisdiction which was lawfully his to exercise;

20. THAT the Arbitrator's decision, not to hear the four grievances, i.e., was contrary to the intent of all the parties hereto and by restricting himself to one grievance, the Respondent-Arbitrator, exceeded his jurisdiction and declined to exercise his jurisdiction;

pouvoirs, une fois que les parties ont choisi l'arbitrage comme mode de règlement définitif de leurs différends, je suis d'opinion que l'arbitre nommé en application d'une convention collective conclue sous l'autorité du *Code canadien du travail* est un tribunal statutaire et que les affaires pendantes devant lui et ses décisions sont susceptibles d'évocation en vertu de l'art. 846 *C.p.c.*

Quant au refus d'exercer sa juridiction reproché à l'arbitre intimé, les allégués pertinents de la requête sont les suivants:

[TRADUCTION] 12. Toutes les parties aux présentes voulaient que l'arbitre intimé arbitre les quatre griefs comme l'indiquent les pièces P-3, P-4, P-5 et P-6;

13. Lorsque la requérante a tenté de faire sa preuve relativement aux griefs, l'Union intimée s'est opposée à la preuve dans les trois premiers cas pour lesquels une mesure disciplinaire avait été imposée en disant qu'ils faisaient l'objet d'un grief et que l'arbitrage ne portait que sur le cas où il y a eu congédiement;

14. En dépit des arguments présentés, l'arbitre a refusé d'examiner les trois premiers griefs et il a examiné uniquement le grief concernant le congédiement, la pièce P-6, contrairement à l'intention des parties;

15. Le 7 octobre 1975, l'arbitre intimé a limité sa décision à un seul grief, soit le grief concernant le congédiement, a réduit le congédiement à une suspension d'un mois et a omis de tenir compte des trois autres questions précitées; une copie de cette décision est jointe aux présentes sous la cote P-9;

. . .

17. Le congédiement de l'employé intimé découle des trois incidents précédents qui ont amené la requérante à le congédier;

18. La requérante a établi devant l'arbitre les événements qui ont donné lieu à toutes les mesures disciplinaires, y compris le congédiement;

19. Le refus, par l'arbitre, de tenir compte de toute la preuve faite devant lui équivaut à un excès de juridiction et à un refus d'exercer la juridiction qu'il devait légalement exercer;

20. La décision de l'arbitre de ne pas entendre les quatre griefs était contraire à l'intention de toutes les parties aux présentes et qu'en se limitant à un seul grief, l'arbitre intimé a excédé sa juridiction et a refusé d'exercer sa juridiction;

21. THAT as a result of the Arbitrator only hearing one grievance, and not hearing all grievances at the same time, the proceedings were effected with a gross irregularity and, therefore, justice has not been done;

22. THAT as a result of the foregoing, the Respondent-Arbitrator, Me Claude Lauzon, has declined to exercise, has exceeded and abused his jurisdiction;

In my view, there is more here than a question concerning the weighing of evidence. If these facts are proven, and at the stage of issuing the writ of evocation they must be taken as proven, I would have no hesitation in finding that they support the conclusions sought. Appellant alleged a refusal by the arbitrator to hear admissible and relevant evidence. A refusal to hear admissible and relevant evidence is so clear a case of excess or refusal to exercise jurisdiction that it needs no further comment.

For these reasons, I would allow the appeal with costs, set aside the judgment of the Court of Appeal and the judgment of the Superior Court and authorize a writ of evocation to be issued.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Schnaiberg & Schnaiberg, Montreal.*

*Solicitors for the respondents: Rivest, Castiglio, Castiglio, Lebel & Schmidt, Montreal.*

21. Parce que l'arbitre n'a entendu qu'un seul grief, et n'a pas entendu tous les griefs en même temps, les procédures étaient entachées d'une grave irrégularité et par conséquent, justice n'a pas été rendue;

22. En conséquence de ce qui précède, l'arbitre intimé, Me Claude Lauzon, a refusé d'exercer sa juridiction, a excédé sa juridiction et a abusé de sa juridiction;

A mon avis, il y a là plus qu'une question d'appréciation de la preuve. Si ces faits sont prouvés, et au stade de l'émission du bref d'évocation ils doivent être tenus pour avérés, je n'hésite pas à conclure qu'ils justifient les conclusions recherchées. L'appelante allègue le refus de la part de l'arbitre d'entendre une preuve admissible et pertinente. Le refus d'entendre une preuve admissible et pertinente est un cas si net d'excès ou de refus d'exercer sa juridiction qu'il ne nécessite aucune élaboration.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de même que le jugement de la Cour supérieure et d'autoriser la délivrance du bref d'évocation.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Schnaiberg & Schnaiberg, Montréal.*

*Procureurs des intimés: Rivest, Castiglio, Castiglio, Lebel & Schmidt, Montréal.*

**Anthony Thomas Hammerling** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

File No.: 16634.

1982: October 5; 1982: December 21.

Present: Laskin C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Criminal law — Theft — Criminal breach of trust — Misuse of trust funds.*

The appellant, a lawyer, was charged with nine counts of criminal breach of trust and nine counts of theft. He was convicted on seven counts of theft and acquitted on the remainder, including all the counts of criminal breach of trust. The appellant appealed his conviction and sentence on the theft charges and the Crown appealed his acquittal on the criminal breach of trust charges. The Manitoba Court of Appeal allowed the appellant's appeal from his conviction on the charges of theft and ordered the entry of an acquittal on those counts and on the same day allowed the Crown's appeal against the verdict of acquittal on the charges relating to the criminal breach of trust and ordered that the acquittal be set aside and that convictions be entered on the charges of criminal breach of trust.

*Held* (McIntyre and Wilson JJ. dissenting): The appeal should de dismissed.

*Per* Laskin C.J. and Estey J.: The Manitoba Court of Appeal correctly concluded that the trial judge erred in law in acquitting the accused of criminal breach of trust. The Crown was entitled to appeal to the Court to have the judgment below reviewed.

*Per* Beetz and Chouinard JJ.: We agree with the conclusion reached by the Chief Justice that this appeal must be dismissed.

*Per* Lamer J.: For the future, whenever a court is of the view that the principle laid down in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, should be applied, the court should enter a stay of proceedings instead of entering the acquittal.

**Anthony Thomas Hammerling** *Appelant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

N° du greffe: 16634.

1982: 5 octobre; 1982: 21 décembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Droit criminel — Vol — Abus de confiance criminel — Détournement de sommes détenues en fiducie.*

L'appelant, qui est avocat, a été accusé sous neuf chefs d'abus de confiance criminel et neuf chefs de vol. Il a été déclaré coupable relativement à sept chefs de vol et a été acquitté relativement aux autres chefs, y compris tous les chefs d'abus de confiance criminel. L'appelant a fait appel de la déclaration de culpabilité et de la sentence à l'égard des accusations de vol, et la poursuite a fait appel de l'acquittement à l'égard des accusations d'abus de confiance criminel. La Cour d'appel du Manitoba a accueilli l'appel de l'appelant à l'encontre des déclarations de culpabilité relativement aux accusations de vol et a ordonné un verdict d'acquittement sur ces chefs; le même jour, elle a accueilli l'appel de la poursuite à l'encontre des verdicts d'acquittement sur les accusations relatives à l'abus de confiance criminel; elle a infirmé les verdicts d'acquittement et a déclaré l'accusé coupable relativement aux accusations d'abus de confiance criminel.

*Arrêt* (les juges McIntyre et Wilson sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef Laskin et le juge Estey: La Cour d'appel du Manitoba a eu raison de conclure que le juge du procès a commis une erreur de droit en acquittant l'accusé relativement aux chefs d'abus de confiance criminel. La poursuite avait le droit de faire appel à la Cour et d'obtenir la révision du jugement d'instance inférieure.

*Les* juges Beetz et Chouinard: Nous souscrivons à la conclusion du Juge en chef que le présent pourvoi doit être rejeté.

*Le* juge Lamer: Pour l'avenir, lorsqu'une cour est d'avis que les principes énoncés dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, doivent s'appliquer, la cour devrait ordonner la suspension de l'instance au lieu de l'acquittement.

*Per* McIntyre and Wilson JJ., *dissenting*: The Court of Appeal had no jurisdiction to consider the Crown's cross-appeal on the criminal breach of trust charges since any error the trial judge might have made was one of fact and not of law. The Court of Appeal's decision in allowing the appellant's appeal on the theft charges and the Crown's cross-appeal on the criminal breach of trust charges was based in part on the *Kienapple* principle—one of no application if the appeal on the criminal breach of trust charges is allowed. The theft charges should therefore be remitted to the Court of Appeal for a hearing and determination on the merits.

[*R. v. Olan et al.*, [1978] 2 S.C.R. 1175; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, referred to.]

APPEAL from the judgment of the Manitoba Court of Appeal, May 12, 1979, reversing a judgment of the County Court. Appeal dismissed, McIntyre and Wilson JJ. dissenting.

*John Sinclair*, for the appellant.

*John Montgomery, Q.C.*, and *E. P. Schachter*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Estey J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—I am of the opinion that the Manitoba Court of Appeal was correct in concluding that the trial judge had erred in law in acquitting the accused on his findings that there was no criminal breach of trust. Having regard to his findings, he should have found the accused guilty. The Crown was therefore entitled to take an appeal to the Manitoba Court of Appeal and to have the judgment below reviewed. The Court of Appeal found that there was a sufficient element of deprivation on proof of risk of prejudice to the economic interests of the clients of the accused, according to the principle expressed in *R. v. Olan et al.*, [1978] 2 S.C.R. 1175. I would not interfere with that view. Accordingly the appeal fails and must be dismissed.

The following are the reasons delivered by

BEETZ J.—I agree with the conclusion of the Chief Justice that this appeal should be dismissed.

*Les* juges McIntyre et Wilson, *dissidents*: La Cour d'appel n'avait pas compétence pour entendre l'appel incident de la poursuite relativement aux accusations d'abus de confiance criminel puisque, si le juge du procès a commis une erreur, il s'agit d'une erreur de fait et non de droit. La décision de la Cour d'appel d'accueillir l'appel de l'appelant relativement aux accusations de vol et l'appel incident de la poursuite relativement aux accusations d'abus de confiance criminel se fonde en partie sur le principe de l'arrêt *Kienapple*, qui ne peut s'appliquer si l'appel à l'encontre des accusations d'abus de confiance criminel est accueilli. Les accusations de vol doivent par conséquent être renvoyées à la Cour d'appel pour qu'elle entende de nouveau l'appel et qu'elle se prononce sur le fond.

[Jurisprudence: *R. c. Olan et autres*, [1978] 2 R.C.S. 1175; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba en date du 12 mai 1979 qui a infirmé un jugement de la cour de comté. Pourvoi rejeté, les juges McIntyre et Wilson sont dissidents.

*John Sinclair*, pour l'appelant.

*John Montgomery, c.r.*, et *E.P. Schachter*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Laskin et du juge Estey rendu par

LE JUGE EN CHEF—Je suis d'avis que la Cour d'appel du Manitoba a eu raison de conclure que le juge du procès a commis une erreur de droit en acquittant l'accusé après avoir conclu qu'il n'y avait pas d'abus de confiance criminel. Compte tenu de ses constatations de faits, le juge du procès aurait dû déclarer l'accusé coupable. La poursuite avait par conséquent le droit de faire appel à la Cour d'appel du Manitoba et d'obtenir la révision du jugement d'instance inférieure. La Cour d'appel a conclu, suivant le principe énoncé dans l'arrêt *R. c. Olan et autres*, [1978] 2 R.C.S. 1175, que la preuve d'un risque de préjudice aux intérêts pécuniaires des clients de l'accusé constituait un élément de privation suffisant. Je suis d'avis de ne pas modifier cette opinion. Par conséquent, le pourvoi échoue et doit être rejeté.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BEETZ—Je souscris à la conclusion du Juge en chef que le présent pourvoi doit être rejeté.

The reasons of McIntyre and Wilson JJ. were delivered by

MCINTYRE J. (*dissenting*)—The appellant, a Winnipeg lawyer, was charged in one information sworn on December 15, 1977 with nine counts of criminal breach of trust and nine counts of theft. He was committed for trial on preliminary hearing and went to trial on October 10, 1978 in the County Court judge's criminal court for the Eastern Judicial District of Manitoba. He pleaded not guilty to all counts and after a twenty-three day trial he was convicted on seven of the theft counts and acquitted on the remainder, including all the counts of criminal breach of trust. He was sentenced to thirty months' imprisonment.

The appellant appealed his conviction and sentence on the theft charges, and the Crown appealed his acquittal on the criminal breach of trust charges. The Manitoba Court of Appeal on May 12, 1981 heard both appeals, allowed the appellant's appeal from his conviction on the charges of theft and ordered the entry of an acquittal on those counts and set aside the sentence. On the same day it allowed the Crown's appeal against the verdicts of acquittal on the charges relating to criminal breach of trust and ordered that the acquittals be set aside, that convictions be entered on the charges of criminal breach of trust, and imposed a sentence of thirty months' imprisonment.

In dismissing the breach of trust charges, the trial judge reviewed certain cases which had been cited in argument and recognized, as Dickson J. said in *R. v. Olan et al.*, [1978] 2 S.C.R. 1175, that the element of deprivation involved in breach of trust is satisfied on proof of detriment, prejudice, or risk of prejudice to the economic interests of the victim. He then commented that:

> It is not essential that there be actual economic loss as the outcome of fraud.

Version française des motifs des juges McIntyre et Wilson rendus par

LE JUGE MCINTYRE (*dissident*)—L'appelant, un avocat de Winnipeg, a été accusé dans une dénonciation sous serment faite le 15 décembre 1977 sous neuf chefs d'abus de confiance et neuf chefs de vol. Il a été renvoyé à son procès à l'issue d'une enquête préliminaire et son procès s'est ouvert le 10 octobre 1978 en cour criminelle du juge de la cour de comté du district judiciaire de l'est du Manitoba. Il a plaidé non coupable à chaque chef et à l'issue d'un procès de vingt-trois jours, il a été déclaré coupable relativement à sept chefs de vol et il a été acquitté relativement aux autres chefs, y compris tous les chefs d'abus de confiance criminel. Il a été condamné à trente mois d'emprisonnement.

L'appelant a fait appel de la déclaration de culpabilité et de la sentence à l'égard des accusations de vol, et la poursuite a fait appel de l'acquittement à l'égard des accusations d'abus de confiance criminel. Le 12 mai 1981, la Cour d'appel du Manitoba a entendu les deux appels, a accueilli l'appel de l'appelant à l'encontre des déclarations de culpabilité relativement aux accusations de vol, a ordonné un verdict d'acquittement sur ces chefs et a infirmé la sentence. Le même jour, elle a accueilli l'appel de la poursuite à l'encontre des verdicts d'acquittement sur les accusations relatives à l'abus de confiance criminel et a infirmé les verdicts d'acquittement; elle a déclaré l'accusé coupable relativement aux accusations d'abus de confiance criminel et lui a imposé une sentence de trente mois d'emprisonnement.

Lorsqu'il a rejeté les accusations d'abus de confiance, le juge du procès a examiné certaines décisions qui lui ont été citées au cours des plaidoiries et a reconnu, comme l'a dit le juge Dickson dans l'arrêt *R. c. Olan et autres*, [1978] 2 R.C.S. 1175, que la privation que comporte l'abus de confiance est établie si l'on prouve que les intérêts pécuniaires de la victime ont subi un dommage ou un préjudice ou qu'il y a risque de préjudice à leur égard. Il a alors fait remarquer:

> [TRADUCTION] Il n'est pas essentiel que la fraude mène à une perte pécuniaire réelle.

He referred also to another decision: *R. v. J.W.D.* (1932), 38 R. de J. 481, for the proposition that "the mere fact that the cestuis que trust are not in fact deprived of any rights or property does not affect the position if in fact the accused has misappropriated trust property with intent to defraud them". Section 296, he noted, required proof of an intent to defraud. After referring to the history of the appellant's dealing with clients' funds and having found that he "followed a pattern of using one client's funds sometimes to pay another", he said:

> Having established this pattern, I find it difficult to make a decision that the intent to defraud on these facts is proved beyond a reasonable doubt. On all counts I am dismissing the charge under 296 of intent to defraud ... of criminal breach of trust.

In my view, the trial judge dismissed the fraud charges because he was not satisfied on the element of 'intent to defraud' required for a conviction under s. 296 of the *Criminal Code*. The Crown's appeal was taken pursuant to s. 605 of the *Code* and was limited, therefore, to a question of law alone. The Crown in its notice of appeal endeavoured to place the matter upon two questions of law in these terms:

> 1. That the learned trial Judge erred in law in holding that the intent to defraud in a criminal breach of trust is founded upon intent to repay, and not upon the intent to breach the terms of the trust;
>
> 2. That the learned trial Judge erred in law in that, having made the findings of fact that he did, he failed to infer from those findings the intent to defraud in the offence of a criminal breach of trust.

With the utmost deference to counsel for the Crown, who framed these grounds, and to the Court of Appeal, which gave them effect, I am unable to read the reasons of the trial judge so that effect could be given to those grounds as questions of law. The trial judge's reasons indicate that he correctly appreciated the nature of the offence of criminal breach of trust and that he did not base his decision on any error in that respect. Any error

Il a en outre cité une autre décision, *R. v. J.W.D.* (1932), 38 R. de J. 481, pour dire que [TRADUCTION] «le simple fait que les bénéficiaires de la fiducie ne sont pas en fait privés de droits ou d'un bien ne change pas la situation si, de fait, l'accusé a détourné des biens de la fiducie avec l'intention de frauder». Il a fait remarquer que l'art. 296 exige la preuve de l'intention de frauder. Après avoir examiné les opérations de l'appelant avec les fonds de ses clients, et après avoir conclu que l'appelant [TRADUCTION] «avait pris l'habitude d'utiliser parfois les fonds d'un client pour en payer un autre», il a dit:

> [TRADUCTION] Ayant établi cette habitude, j'estime qu'il est difficile de conclure que, d'après ces faits, l'intention de frauder est établie hors de tout doute raisonnable. Je rejette, sur tous les chefs, l'accusation portée en vertu de l'art. 296 de l'intention de frauder ... d'abus de confiance criminel.

A mon avis, le juge du procès a rejeté les accusations de fraude parce qu'il n'était pas convaincu que l'élément d'«intention de frauder» nécessaire à une déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 296 du *Code criminel* avait été établi. La poursuite a fait appel conformément à l'art. 605 du *Code*, et l'appel se limitait en conséquence à une question de droit seulement. Dans son avis d'appel, la poursuite a tenté d'énoncer ses moyens dans deux questions de droit rédigées de la façon suivante:

> [TRADUCTION] 1. Que le savant juge du procès a commis une erreur de droit en décidant que l'intention de frauder dans le cas d'un abus de confiance criminel repose sur l'intention de rembourser et non sur l'intention de violer les termes de la fiducie;
>
> 2. Que le savant juge du procès a commis une erreur de droit en ce que, à partir de ses constatations de fait, il n'a pas conclu à l'intention de frauder que comporte l'infraction d'abus de confiance criminel.

Avec tout le respect que je dois au substitut du procureur général qui a rédigé ces moyens d'appel, et à la Cour d'appel qui les a accueillis, je ne peux pas dire que les motifs du juge du procès permettent de retenir ces moyens d'appel en tant que questions de droit. Les motifs du juge du procès indiquent qu'il a évalué avec justesse la nature de l'infraction d'abus de confiance criminel et que sa décision à cet égard ne s'appuie sur aucune erreur.

he may have made in dismissing the charges because of the absence of an intent to defraud was one of fact, not law, and there was no jurisdiction in the Court of Appeal to hear the Crown's appeal.

The theft charges were laid under s. 283 of the *Criminal Code*. In convicting on them the trial judge said:

> It would seem to me that in the facts of this case Mr. Hammerling acted deliberately, he knew the owner of the property, he knew he had no right to use it and as I find, he didn't have the funds, even on his own evidence, he didn't have the funds to meet the obligations respectively at the time. I can only conclude therefore, the offence of theft has been committed by the accused on counts 4, 6, 8, 10, 12 and 18.

The appellant's appeal to the Manitoba Court of Appeal on the theft charges was taken under the provisions of s. 603 of the *Criminal Code* and was, therefore, properly before the Court of Appeal which had jurisdiction to hear it. The Court of Appeal allowed the appeals against conviction and in doing so Freedman C.J.M. said:

> Although we have found both criminal breach of trust and theft, we are all of the view that this is a case for the application of the Kienapple principle, namely that there should not be double convictions or double penalties for offences based on the same facts.
>
> Accordingly, we would allow the Crown's cross-appeal relating to the criminal breach of trust charges. The accused's appeal against conviction on the theft charges, although not entitled to succeed on the merits, is allowed by the operation of the Kienapple principle. In the result convictions will be entered only on the criminal breach of trust counts involved in the cross-appeal.

The result must be then that the Court of Appeal's allowance of the Crown's appeal against the acquittals at trial on the criminal breach of trust charges must be set aside for lack of jurisdiction and the acquittals restored. The appellant's appeal against the theft convictions was allowed by

S'il a commis une erreur en rejetant les accusations en raison de l'absence de l'intention de frauder, il s'agit d'une erreur de fait et non de droit, et la Cour d'appel n'avait pas compétence pour entendre l'appel de la poursuite.

Les accusations de vol ont été portées en vertu de l'art. 283 du *Code criminel*. Lorsqu'il a déclaré l'appelant coupable de vol, le juge du procès a dit:

> [TRADUCTION] Il me semble que selon les faits de l'espèce, Me Hammerling a agi de propos délibérés; il connaissait le propriétaire des biens, il savait qu'il n'avait pas le droit de les utiliser et, selon ma conclusion, il n'avait pas les fonds, il a lui-même témoigné en ce sens, il n'avait pas les fonds suffisants pour faire face aux échéances respectives à cette époque. Je ne peux en conséquence que conclure que l'infraction de vol a été commise par l'accusé à l'égard des chefs 4, 6, 8, 10, 12 et 18.

L'appel de l'appelant à la Cour d'appel du Manitoba à l'encontre des accusations de vol a été formé en vertu des dispositons de l'art. 603 du *Code criminel* et la Cour d'appel qui avait compétence pour l'entendre, en était donc régulièrement saisie. La Cour d'appel a accueilli les appels à l'encontre de la déclaration de culpabilité et le juge en chef Freedman a dit à cet égard:

> [TRADUCTION] Bien que nous ayons conclu à la fois à l'abus de confiance criminel et au vol, nous sommes tous d'avis d'appliquer en l'espèce le principe de l'arrêt Kienapple, savoir qu'il ne doit pas y avoir de condamnations doubles ou de peines doubles pour des infractions qui découlent des mêmes faits.
>
> En conséquence, nous sommes d'avis d'accueillir l'appel incident de la poursuite relatif aux accusations d'abus de confiance criminel. L'appel de l'accusé à l'encontre de la déclaration de culpabilité relativement aux accusations de vol, bien qu'il ne puisse être accueilli au fond, est accueilli en raison de l'application du principe de l'arrêt Kienapple. En conséquence, les déclarations de culpabilité sont prononcées uniquement à l'égard des accusations d'abus de confiance criminel que soulève l'appel incident.

Il en résulte donc que la décision de la Cour d'appel d'accueillir l'appel de la poursuite à l'encontre des acquittements prononcés au procès à l'égard des accusations d'abus de confiance criminel doit être infirmée pour défaut de compétence et que les acquittements doivent être rétablis. La

the Court of Appeal, but the allowance appears to have been based, at least in part, on the application of the *Kienapple* principle. *Kienapple* has no application if the appellant's appeal on the criminal breach of trust charges is allowed. No appeal to this Court was taken in respect of them and this Court is therefore in no position to deal with them on the merits. I would accordingly remit the theft charges to the Court of Appeal for a hearing, if necessary, and a determination of the appellant's appeal to that court on the merits.

The following are the reasons delivered by

CHOUINARD J.—I agree with the conclusion of the Chief Justice that this appeal must be dismissed.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—I agree with the Chief Justice, for the reasons given by him, that this appeal fails and must be dismissed.

I am also of the view that, for the purpose of disposing of this case, had we allowed this appeal, the interest of justice would then best be served by, proceeding as suggested by our brother McIntyre, that is by remitting the theft charges to the Manitoba Court of Appeal for a hearing and determination of the appellant's appeal to that Court on the merits.

But, as regards the future, this Court's decision in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, should be reconsidered and modified to the following extent: whenever a court is of the view that the principles laid down in *Kienapple* should be applied, the court should enter a stay of the proceedings, in the stead of entering the acquittal.

This way of proceeding has two advantages. First, it avoids situations such as that which we are facing in the present case where a Court of Appeal is being ordered to reconsider an acquittal though no appeal was taken from that decision, and understandably so. But, secondly, the more fundamental reason is that, whilst a person should not be convicted more than once for essentially the

Cour d'appel a accueilli l'appel de l'appelant à l'encontre des déclarations de culpabilité de vol, mais cette décision paraît fondée, du moins en partie, sur l'application du principe de l'arrêt *Kienapple*. Cet arrêt ne peut s'appliquer si l'appel de l'appelant à l'encontre des accusations d'abus de confiance criminel est accueilli. Aucun pourvoi n'a été formé devant cette Cour à l'égard de ces accusations et, en conséquence, il n'appartient pas à cette Cour de les examiner au fond. Par conséquent, je suis d'avis de renvoyer les accusations de vol à la Cour d'appel pour audition, s'il y a lieu, et pour qu'elle se prononce sur le fond de l'appel interjeté par l'appelant devant elle.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CHOUINARD—Je souscris à la conclusion du Juge en chef que le présent pourvoi doit être rejeté.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—Je suis d'accord avec le Juge en chef, pour les motifs qu'il donne, que le présent pourvoi échoue et doit être rejeté.

Je suis en outre d'avis que, pour disposer de l'espèce, si nous avions accueilli le présent pourvoi, il aurait été préférable dans l'intérêt de la justice de procéder comme le suggère notre collègue le juge McIntyre, savoir de renvoyer les accusations de vol à la Cour d'appel du Manitoba pour qu'elle entende et décide de l'appel de l'appelant au fond.

Mais, pour l'avenir, l'arrêt de cette Cour *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, devrait être reconsidéré et modifié de la façon suivante: lorsqu'une cour est d'avis que les principes énoncés dans l'arrêt *Kienapple* doivent s'appliquer, elle devrait ordonner une suspension de l'instance au lieu de l'acquittement.

Cette façon de procéder comporte deux avantages. Premièrement, elle évite des situations telles celle à laquelle nous sommes confrontés en l'espèce lorsqu'une cour d'appel reçoit l'ordre de reconsidérer un verdict d'acquittement bien que, évidemment, aucun appel n'ait été interjeté, de cette décision. Mais deuxièmement, la raison plus fondamentale est que, bien qu'une personne ne doive

same conduct, such a principle does not of necessity have as a corollary, when multiple charges are laid and a conviction entered on one of them, his right to an acquittal on all others. A stay fully accommodates the policy consideration underlining this Court's decision in *Kienapple* whilst avoiding entering an acquittal notwithstanding proof beyond a reasonable doubt of conduct that constitutes guilt of a crime.

pas être déclarée coupable plus d'une fois pour une même infraction, ce principe n'entraîne pas nécessairement, lorsque des accusations multiples sont portées et qu'une condamnation est prononcée à l'égard de l'une d'elles, le droit à un verdict d'acquittement à l'égard de toutes les autres accusations. Une suspension d'instance concilie le principe sous-jacent à l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Kienapple* en même temps qu'elle évite l'enregistrement d'un verdict d'acquittement nonobstant la preuve hors de tout doute raisonnable d'une conduite qui constitue la culpabilité d'un acte criminel.

*Appeal dismissed*, MCINTYRE *and* WILSON JJ. *dissenting.*

*Pourvoi rejeté, les juges* MCINTYRE *et* WILSON *sont dissidents.*

*Solicitors for the appellant: Sinclair & Edmond, Winnipeg.*

*Procureurs de l'appelant: Sinclair & Edmond, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: Deputy Attorney General for the Province of Manitoba, Winnipeg.*

*Procureur de l'intimée: Le sous-procureur général de la province du Manitoba, Winnipeg.*

# INDEX

## ADMINISTRATIVE LAW

Discretion – Import permits required by statute for goods on import control list – Guidelines issued dealing with conditions for import – Whether or not Minister had discretion to deny permits – Whether or not discretion properly exercised – Export and Import Permits Act, R.S.C. 1970, c. E-17, s. 8.

MAPLE LODGE FARMS LTD. v. GOVERNMENT OF CANADA, 2.

## ADOPTION

Respondent removing child from prospective adoptive home within six-month probationary period – Adoption Appeal Board refusing to hear appeal of adoptive parents – Whether *habeas corpus* available – Whether The Adoption of Children Act, 1972 is a complete code re adoption and therefore limits *parens patriae* jurisdiction of superior courts – Judicial review of Director's order – Failure to treat fairly – The Adoption of Children Act, 1972, 1972 (Nfld.), c. 36, ss. 11, 11A, 11B – The Child Welfare Act, 1972, 1972 (Nfld.), c. 37, s. 47.

BESON *et al.* v. DIRECTOR OF CHILD WELFARE (NFLD.), 716.

## APPEAL

1. Criminal law – Supreme Court of Canada jurisdiction – Whether jurisdiction to entertain appeal against sentence – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19 as amended, s. 41 – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 614, 618.

R. v. GARDINER, 368.

2. Application to intervene rejected by the Court of Appeal – Decision not subject to appeal – Application for leave to appeal to the Supreme Court rejected – An Act respecting a reference to the Court of Appeal, 1981 (Que.), c. 17, s. 1 – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 37.

ASSOCIATION CANADIENNE-FRANÇAISE DE L'ONTARIO v. ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC *et al.* (*Motion*), 789.

3. Application to intervene rejected by the Court of Appeal – Decision not subject to appeal – Application for leave to appeal to the Supreme Court rejected – An Act respecting a reference to the Court of Appeal, 1981 (Que.), c. 17, s. 1 – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 37.

RE: GRAND COUNCIL OF THE CREES (QUE.) (*Motion*), 791.

## BANKRUPTCY

Contract – Contractor and subcontractor – Clause authorizing contractor to pay creditors of subcontractor directly – Payment by contractor after subcontractor's bankruptcy – Whether such a clause can be applied after date of bankruptcy – Whether effect is to release contractor from obligations to trustee – Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 47, 50, 112.

A.N. BAIL CO. LTÉE. v. GINGRAS *et al.*, 475.

## BILLS OF EXCHANGE

Fictitious person – Endorsement of payee (a real person) forged by drawer – Drawer intending that payee not cash cheque – Whether payee a fictitious person – Whether bank liable – Bills of Exchange Act, R.S.C. 1970, c. B-5, ss. 21(5), 49(1).

FOK CHEONG SHING INVESTMENTS CO. LTD. v. BANK OF NOVA SCOTIA, 488.

## CIVIL CODE

1.—Article 1056c. ..... 866

*See:* INSURANCE

## CIVIL PROCEDURE

Motion for declaratory judgment – Contract – Genuine problem of law – Problem due to act of third party – Interest required to obtain declaratory remedy – Exception of *lis pendens* - Code of Civil Procedure, arts. 55, 453.

R. (NFLD.) AND CHURCHILL FALLS (LABRADOR) CORPORATION LTD. v. COMMISSION HYDRO-ELECTRIQUE DE QUÉBEC, 79.

## CIVIL RIGHTS

1. Insurance policy cancelled without stated reasons – Risk analysis conducted after press reports of drug trafficking – Termination effected pursuant to statutory procedure – Whether or not termination a denial of service customarily available to public contrary to Human Rights Code – Human Rights Code of British Columbia, 1973 (B.C.), 2nd Sess., c. 119, s. 3 – Insurance Act, R.S.B.C. 1960, c. 197, s. 208, Statutory Condition 5(1).

INSURANCE CORPORATION OF BRITISH COLUMBIA v. HEERSPINK *et al.*, 145.

2. Freedom of speech – Law society restrictions as to advertising – Whether restrictions imposed under valid provincial law – Whether restrictions on member's right to advertise a

## CIVIL RIGHTS—Concluded

violation of right to freedom of speech – Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 2, 8, 17(1), 32 – Legal Professions Act, R.S.B.C. 1960, c. 214 (now Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, c. 26), ss. 1, 2(3), 36, 36A, 37, 43, 48(b), 62.

ATTORNEY GENERAL OF CANADA *et al.* v. LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA *et al.*, 307.

3. Freedom of speech – Law society restrictions as to advertising – Whether restrictions imposed under valid provincial law – Whether restrictions on member's right to advertise a violation of right to freedom of speech – Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 2, 8, 17(1), 32 – Legal Professions Act, R.S.B.C. 1960, c. 214 (now Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, c. 26), ss. 1, 2(3), 36, 36A, 37, 43, 48(b), 62.

JABOUR v. LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA *et al.*, 307.

---

## CODE OF CIVIL PROCEDURE

1.—Articles 33, 846. ..... 888
*See:* LABOUR RELATIONS

2.—Articles 55, 453. ..... 79
*See:* CIVIL PROCEDURE

3.—Articles 68, 454, 456. ..... 79
*See:* COURTS

---

## COMBINES

1. Provincial law society – Advertising restrictions – Whether or not Combines Investigation Act applicable to restrictions – Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 2, 8, 17(1), 32.

ATTORNEY GENERAL OF CANADA *et al.* v. LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA *et al.*, 307.

2. Provincial law society – Advertising restrictions – Whether or not Combines Investigation Act applicable to restrictions – Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 2, 8, 17(1), 32.

JABOUR v. LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA *et al.*, 307.

---

## COMPANY LAW

1. Ownership – Control – Takeover bid by company holding regulated public utility subsidiaries for another utility company – Union of owners of public utility companies subject to Public Utility Board consent – Owner statutorily defined as person "owning, operating, managing or controlling" a public utility – Interim order restraining takeover – Whether or not company making takeover bid an owner and subject to Board's jurisdiction – The Public Utilities Board Act, R.S.A. 1970, c. 302, ss. 2(i),(j), 29, 79(2),(3), 98.

ATCO LTD. *et al.* v. CALGARY POWER LTD. *et al.*, 557.

2. Ownership – Control – Takeover bid by company holding regulated public utility subsidiaries for another utility company – Union of owners of public utility companies subject to Public Utility Board consent – Owner statutorily defined as person "owning, operating, managing or controlling" a public utility – Interim order restraining takeover – Whether or not company making takeover bid an owner and subject to Board's jurisdiction – The Public Utilities Board Act, R.S.A. 1970, c. 302, ss. 2(i),(j), 29, 79(2),(3), 98.

CANADIAN UTILITIES LTD. *et al.* v. ATCO LTD. *et al.*, 557.

---

## CONSTITUTIONAL LAW

1. Juvenile delinquents – Municipalities – Support of child – Federal Act authorizing a court to order a municipality to pay for the support of a juvenile delinquent – Whether provision necessarily incidental to Parliament's criminal law power – Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3, s. 20(1),(2) – British North America Act, 1867, ss. 91(27), 92(8).

REGIONAL MUNICIPALITY OF PEEL v. MACKENZIE *et al.*, 9.

2. Jurisdiction – Provincial statute providing for compulsory treatment of heroin addicts – Whether or not statute *ultra vires* the province – Heroin Treatment Act, 1978 (B.C.), c. 24 – Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1 – British North America Act, 1867, R.S.C. 1970, Appendix II, ss. 91, 92.

SCHNEIDER v. THE QUEEN IN RIGHT OF BRITISH COLUMBIA, 112.

3. Validity of legislation – Insider trading – Federal and provincial provisions similar – Whether federal and provincial provisions *intra vires* – Whether doctrine of paramountcy applicable – Canada Corporations Act, R.S.C. 1970, c. C-32 (as amended by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 10, s. 7), ss. 100.4, 100.5 – The Securities Act, R.S.O. 1970, c. 426, ss. 113, 114.

MULTIPLE ACCESS LTD. v. MCCUTCHEON *et al.*, 161.

4. Taxation – Direct or indirect taxation – Taxes on income from mining and from mining rights – Whether or not taxes levied *intra vires* the province – Constitutional Act, 1867, ss. 91(2), 92(2) – The Mining and Mineral Rights Tax Act, 1975, 1975 (Nfld.), c. 68, ss. 2, 5, 7, 9, 10, 12 – The Undeveloped Mineral Areas Act, R.S.N. 1970, c. 383, s. 8.

NEWFOUNDLAND AND LABRADOR CORPORATION LTD. *et al.* v. ATTORNEY GENERAL OF NEWFOUNDLAND, 260.

5. Criminal law – Whether provincial enactment re obstructing a peace officer *intra vires* – Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, c. 163, s. 205 – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, s. 118.

ROBAR v. THE QUEEN, 532.

## CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

6. Amendment of Constitution – Proposed amendment of Constitution affecting provincial powers – Quebec only dissenting province – Whether conventional rule of unanimity exists – Whether Quebec has a conventional power of veto.

RE: OBJECTION BY QUEBEC TO A RESOLUTION TO AMEND THE CONSTITUTION, 793.

7. Jurisdiction – Section 96 courts – Appeal from Pollution Control Board to either Lieutenant-Governor in Council or British Columbia Supreme Court – Validity of appeal decided by Lieutenant-Governor in Council – Whether or not grant of appellate function to Lieutenant-Governor in Council contrary to s. 96 of the Constitution Act, 1867, and hence *ultra vires* – Pollution Control Act, 1967 (B.C.), c. 34, ss. 3, 4, 5, 9, 10, 11, 12, 21, 24 – Constitution Act, 1867, s. 96.

CAPITAL REGIONAL DISTRICT v. CONCERNED CITIZENS OF BRITISH COLUMBIA *et al.*, 842.

## CONTRACTS

*Non est factum* – Document, signed by respondents without being read, not as represented – Applicability of defence of *non est factum*.

MARVCO COLOR RESEARCH LTD. v. HARRIS *et al.*, 774.

## COURTS

1. Supreme Court of Canada – Jurisdiction – Jurisdiction restricted to questions of law – Appeal as of right from court of appeal judgment with dissent – Whether or not dissenting opinion based on question of law or of fact – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 283, 290, 292, 294, 618.

LOWDEN v. THE QUEEN, 60.

2. Jurisdiction – Contract – Clause conferring jurisdiction on Quebec courts – Motion for declaratory judgment filed in Quebec – Newfoundland not a party to contract – Quebec courts lack jurisdiction over Newfoundland – Code of Civil Procedure, arts. 68, 454, 456.

R. (NFLD.) AND CHURCHILL FALLS (LABRADOR) CORPORATION LTD. v. COMMISSION HYDRO-ELECTRIQUE DE QUÉBEC, 79.

3. Jurisdiction – Provincial superior courts – Power to declare federal statute *ultra vires* – Nature of exclusive powers of Federal Court (Trial Division) to grant injunctive and declaratory relief – Constitutional Act, 1867, ss. 91(2), 91(27), 92(15), 96, 100, 101 – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 17, 18.

ATTORNEY GENERAL OF CANADA *et al.* v. LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA *et al.*, 307.

4. Jurisdiction – Provincial superior courts – Power to declare federal statute *ultra vires* – Nature of exclusive powers of Federal Court (Trial Division) to grant injunctive and declaratory relief – Constitutional Act, 1867, ss. 91(2), 91(27), 92(15), 96, 100, 101 – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 17, 18.

JABOUR v. LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA *et al.*, 307.

5. *Stare decisis* – Departure from prior decision.

MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT v. RANVILLE *et al.*, 518.

## CRIMINAL LAW

1. Defence of insanity – Hypomania – Accused knew actions to be wrong – Delusion that immune from punishment if caught – Whether or not accused rendered incapable of appreciating the nature and quality of his act – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 16.

R. v. ABBEY, 24.

2. Sentence – Driving offences – Severer penalty for second or subsequent offences – Previous convictions for two offences arising out of the same incident – Whether second or third offence – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 236(1), 236.1.

R. v. SKOLNICK, 47.

3. Theft – Travel agency received funds for airline tickets – Airline not paid and customers without ticket or refund – Whether or not theft of monies paid under direction.

LOWDEN v. THE QUEEN, 60.

4. Murder – Charge to jury – Self-defence – Excessive force – Whether there was sufficient evidence to put the defence of self-defence to the jury – Whether use of excessive force in self-defence reducing murder to manslaughter – Section 613(1)(b)(iii) applicable – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 7, 34, 212, 215, 613(1)(b)(iii).

BRISSON v. THE QUEEN, 227.

5. Charge to jury – Whether or not errors made in charge warranting retrial.

R. v. GEE, 286.

6. Murder – Defences – Justification – Whether or not "qualified" defence of use of excessive force in preventing commission of indictable offence a recognized defence – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 27, 34.

R. v. GEE, 286.

7. Indictable offence – Plea of guilty – Sentencing – Proper standard of proof of disputed aggravating facts.

R. v. GARDINER, 368.

8. Defences – Entrapment – Trafficking conviction – Conviction resulting from incidents instigated by undercover officer – Whether or not defence of entrapment existed and applicable – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 7(3).

AMATO v. THE QUEEN, 418.

## CRIMINAL LAW—Continued

9. *Autrefois acquit* – Identical informations – First informations dismissed by provincial court judge – Whether or not trial judge trying the indictment on the second informations erred in dismissing the plea of *autrefois acquit* – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2, 234(1), 235(2), 440.1, 535(4), 720, 721(2), 734, 735(1), 736(3), 738(1),(3),(4), 739 – The Provincial Court Act, R.S.S. 1978 (Supp.), c. P-30.1, ss. 3, 4.

PETERSEN v. THE QUEEN, 493.

10. Criminal negligence in operation of motor vehicle – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 233(1)(a).

G & N SCHOOL BUS SERVICE INC. AND MINITSOS v. THE QUEEN, 530.

11. Convictions – Respondent convicted of manslaughter and of unlawfully setting a fire – Both convictions arising out of the same incident – Kienapple principle applied and secondary offence of unlawfully setting a fire set aside.

R. v. HAGENLOCHER, 531.

12. Sentence – Conviction of second degree murder on an indictment of first degree murder without the intervention of a jury – Trial judge increasing parole ineligibility period – Criminal Code, s. 671.

BENNETT v. THE QUEEN, 582.

13. Attempts – Fraud – Concurrence between *actus reus* and *mens rea* – Proof of intent – Whether accused went beyond mere preparation – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 24.

DETERING v. THE QUEEN, 583.

14. Drug trafficking – Restricted drug occurring naturally in "magic mushrooms" – Restricted drug indicated to the object of sale – Acquittal given at close of Crown's case – Whether or not respondent guilty of trafficking – Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, ss. 40, 41, 42.

R. v. DUNN, 677.

15. Procedure – Jury – Juror discharged – Accused not yet put in charge of jury and evidence not called – Whether or not trial had commenced for purposes of s. 573 of the Criminal Code – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 573.

BASARABAS v. THE QUEEN, 730.

16. Procedure – Jury – Juror discharged – Accused not yet put in charge of jury and evidence not called – Whether or not trial had commenced for purposes of s. 573 of the Criminal Code – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 573.

SPEK v. THE QUEEN, 730.

17. Evidence – Opinion evidence – Non-expert witnesses – Impaired driving – Degree of intoxication – Whether police officers and other witnesses opinions as to impairment of accused admissible – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, s. 234.

GRAAT v. THE QUEEN, 819.

## CRIMINAL LAW—Concluded

18. Theft – Criminal breach of trust – Misuse of trust funds.

HAMMERLING v. THE QUEEN, 905.

---

## CROWN

1. Contract – Construction of dam – Bid based on incomplete information – Mistake as to nature of soil – Work in addition to that provided for in plans and specifications – Delays – Additional costs – Whether contractor can be compensated – Whether contract may be annuled.

CORPEX (1977) INC. v. THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA, 643.

2. Payment of interest – Crown ordered to pay contractor with interest from date action was instituted – Re-hearing – Judgment varied – Interest payable from date of trial judgment – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 35, 40 – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19 as amended, s. 52.

CORPEX (1977) INC. v. THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA (*Motion and re-hearing*), 674.

---

## EVIDENCE

1. Hearsay – Whether or not trial judge erred in treating as factual the hearsay evidence on which expert opinion based.

R. v. ABBEY, 24.

2. Crown privilege – Federal public inquiry – Restrictive Trade Practices Commission – Former minister subpoenaed – Oral and documentary evidence – Cabinet secrecy – Whether former minister compellable as a witness – Rule of "relative immunity" – Canada Corporation Act, R.S.C. 1970, c. C-32 as amended by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 10, s. 114(2),(10) – Inquiries Act, R.S.C. 1970, c. I-13, ss. 4, 5 – The House of Assembly Act, R.S.N. 1970, c. 159, s. 19 – Senate and House of Commons Act, R.S.C. 1970, c. S-8, ss. 4, 5 – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 41.

SMALLWOOD v. SPARLING, 686.

---

## IMMIGRATION

1. Inquiry – Inadmissible person – Foreign convictions – Evidence – Photocopy of foreign court judgment – Deportation order – Whether documents establishing foreign criminal convictions in conformity with s. 23(1) of the Canada Evidence Act – Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 23(1) – Immigration Act, 1976, 1976-77 (Can.), c. 52, s. 30(2).

ARNOW v. MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION, 603.

## IMMIGRATION—Concluded

2. Convention refugee – Test applicable on redetermination of status – Immigration Act, 1976, 1976-77 (Can.), c. 52, s. 71.

KWIATKOWSKY v. MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION, 856.

## INSURANCE

Motor vehicle accident – Damages – Insurance contract – Nature of additional indemnity under art. 1056c C.C. – Civil Code, art. 1056c.

TRAVELERS INSURANCE CO. OF CANADA v. CORRIVEAU *et al.*, 866.

## JUDGMENTS AND ORDERS

Enforcement of foreign judgment – Validity of foreign judgment dependant on respondent's voluntarily submitting to its jurisdiction – Motion to dismiss for want of jurisdiction only procedure available in foreign court to a party not submitting to its jurisdiction – Motion dismissed and default judgment later issued – Whether or not respondent's action sufficient to warrant foreign judgment not being enforced – Foreign Judgments Act, R.S.N.B. 1973, c. F-19, s. 2(c)(ii).

DOVENMUEHLE, INC. v. THE ROCCA GROUP INC., 534.

## JURISDICTION

Federal Court of Appeal – Application to review and set aside – Judge acting pursuant to s. 9(4) of Indian Act – Whether judge acting *qua* s. 96 judge or *persona designata* – Concept of *persona designata* rejected – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 28 – Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 9(4) [as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 48, s. 25(1)].

MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT v. RANVILLE *et al.*, 518.

## LABOUR LAW

Public service – Dismissal during extension of probationary period – Extension of probationary period null and void – Adjudicator finding dismissal justified for breach of discipline – Whether adjudicator's decision was made within jurisdiction – Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 28(3) – Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35, s. 91(1)(b) – Public Service Employment Regulations, SOR/67-129, s. 30(2).

VACHON v. THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA, 604.

## LABOUR RELATIONS

1. Certification – Employer – Canada Labour Relations Board – Jurisdiction – Whether Indian Band Council and employer within meaning of Canada Labour Code – Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1 [as amended by 1972 (Can.), c. 18], ss. 107(1), 118(p) – Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 74, 81 – Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 27(7).

PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA v. FRANCIS *et al.*, 72.

2. Public service – Collective agreement – Applicability of certain contract clauses to summer students – Effect to be given words "employee" and "person" as used in those clauses – Effect of Public Service Labour Relations Act on agreement – Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, ss. 30, 32(c), 35.

CANADIAN UNION OF PUBLIC EMPLOYEES *et al.* v. THE QUEEN IN RIGHT OF NEW BRUNSWICK, 587.

3. Police – Collective agreement – Clause allowing indemnification for legal fees – "Working condition" under s. 29(2) of The Police Act – Section 24(6) granting municipalities a discretion to pay legal expenses – Whether or not clause excluded from collective agreement by operation of s. 24(6) – The Police Act, R.S.O. 1970, c. 351, ss. 24(6), 29(2).

DURHAM REGIONAL POLICE ASSOCIATION v. DURHAM REGIONAL BOARD OF COMMISSIONERS OF POLICE, 709.

4. Collective agreement negotiated under Canada Labour Code – Arbitrator appointed to hear grievance – Whether arbitrator constituted a statutory tribunal within the meaning of art. 846 C.C.P. – Criteria to determine whether a tribunal is statutory – Excess of jurisdiction – Writ of evocation – Code of Civil Procedure, arts. 33, 846 – Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1 (amended by 1972 (Can.), c. 18, s. 1), ss. 156, 157, 159, 160(5).

ROBERVAL EXPRESS LTÉE v. TRANSPORT DRIVERS, WAREHOUSEMEN AND GENERAL WORKERS UNION, LOCAL 106, *et al.*, 888.

## MATRIMONIAL LAW

Division of family property and non-family property – Constructive trust – Resulting trust – The Family Law Reform Act, 1978 (Ont.), c. 2, ss. 4, 8.

LEATHERDALE v. LEATHERDALE, 743.

## MUNICIPAL LAW

Heritage building – Application to demolish – Statute required municipal consent – Deemed consent in absence of notice of decision within ninety-days of application date – Appellants not given formal notice but knew of decision to refuse application – Partial demolition effected on assumption of deemed consent – Whether or not appellants attained right to demolish by operation of statute – The Ontario Heritage

## MUNICIPAL LAW—Concluded

Act, 1974 (Ont.), c. 122, now R.S.O. 1980, c. 337, ss. 34, 67 – Interpretation Act, R.S.O. 1980, c. 219, s. 10.

ST. PETER'S EVANGELICAL LUTHERAN CHURCH, OTTAWA v. CITY OF OTTAWA *et al.*, 616.

## PATENTS

Invention – Chemical compounds mixed with adjuvant – Discovery of a new use for old compounds – Compositions containing new compounds – Claim on compositions – Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, ss. 2, 36, 41.

SHELL OIL CO. v. COMMISSIONER OF PATENTS, 536.

## PRACTICE

Motion for re-hearing – Re-hearing – Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, s. 51.

CORPEX (1977) INC. v. THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA (*Motion and re-hearing*), 674.

## STATUTES

1.—Act respecting a reference to the Court of Appeal, 1981 (Que.), c. 17, s. 1. ... 789
*See:* APPEAL

2.—Act respecting a reference to the Court of Appeal, 1981 (Que.), c. 17, s. 1. ... 791
*See:* APPEAL

3.—Adoption of Children Act, 1972, 1972 (Nfld.), c. 36, ss. 11, 11A, 11B. ... 716
*See:* ADOPTION

4.—Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 47, 50, 112. ... 475
*See:* BANKRUPTCY

5.—Bills of Exchange Act, R.S.C. 1970, c. B-5, ss. 21(5), 49(1). ... 488
*See:* BILLS OF EXCHANGE

6.—British North America Act, 1867, ss. 91(27), 92(8). ... 9
*See:* CONSTITUTIONAL LAW

7.—British North America Act, 1867, R.S.C. 1970, Appendix II, ss. 91, 92. ... 112
*See:* CONSTITUTIONAL LAW

8.—Canada Corporations Act, R.S.C. 1970, c. C-32 (as amended by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 10, s. 7), ss. 100.4, 100.5. ... 161
*See:* CONSTITUTIONAL LAW

9.—Canada Corporations Act, R.S.C. 1970, c. C-32 as amended by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 10, s. 114(2), (10). ... 686
*See:* EVIDENCE

## STATUTES—Continued

10.—Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 23(1). ... 603
*See:* IMMIGRATION

11.—Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1 [as amended by 1972 (Can.), c. 18], ss. 107(1), 118(p). ... 72
*See:* LABOUR RELATIONS

12.—Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1 (amended by 1972 (Can.), c. 18, s. 1), ss. 156, 157, 159, 160(5). ... 888
*See:* LABOUR RELATIONS

13.—Canada-Germany Income Tax Agreement Act, 1956 (Can.), c. 33, s. 3. ... 504
*See:* TAXATION

14.—Child Welfare Act, 1972, 1972 (Nfld.), c. 37, s. 47. ... 716
*See:* ADOPTION

15.—Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 2, 8, 17(1), 32. ... 307
*See:* CIVIL RIGHTS

16.—Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 2, 8, 17(1), 32. ... 307
*See:* COMBINES

17.—Constitution Act, 1867, s. 96. ... 842
*See:* CONSTITUTIONAL LAW

18.—Constitutional Act, 1867, ss. 91(2), 92(2). ... 260
*See:* CONSTITUTIONAL LAW

19.—Constitutional Act, 1867, ss. 91(2), 91(27), 92(15), 96, 100, 101. ... 307
*See:* COURTS

20.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 16. ... 24
*See:* CRIMINAL LAW

21.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 236(1), 236.1. ... 47
*See:* CRIMINAL LAW

22.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 283, 290, 292, 294, 618. ... 60
*See:* COURTS

23.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 7, 34, 212, 215, 613(1)(b)(iii). ... 227
*See:* CRIMINAL LAW

24.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 27, 34. ... 286
*See:* CRIMINAL LAW

25.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 614, 618. ... 368
*See:* APPEAL

26.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 7(3). ... 418
*See:* CRIMINAL LAW

27.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2, 234(1), 235(2), 440.1, 535(4), 720, 721(2), 734, 735(1), 736(3), 738(1),(3),(4), 739. ... 493
*See:* CRIMINAL LAW

## STATUTES—Continued

28.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 233(1)(a) ..... 530
*See:* CRIMINAL LAW

29.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, s. 118 ..... 532
*See:* CONSTITUTIONAL LAW

30.—Criminal Code, s. 671 ..... 582
*See:* CRIMINAL LAW

31.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 24 ..... 583
*See:* CRIMINAL LAW

32.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 573 ..... 730
*See:* CRIMINAL LAW

33.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, s. 234 ..... 819
*See:* CRIMINAL LAW

34.—Export and Import Permits Act, R.S.C. 1970, c. E-17, s. 8 ..... 2
*See:* ADMINISTRATIVE LAW

35.—Family Law Reform Act, 1978 (Ont.), c. 2, ss. 4, 8 ..... 743
*See:* MATRIMONIAL LAW

36.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 17, 18 ..... 307
*See:* COURTS

37.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 28 ..... 518
*See:* JURISDICTION

38.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 35, 40 ..... 674
*See:* CROWN

39.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 41 ..... 686
*See:* EVIDENCE

40.—Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, ss. 40, 41, 42 ..... 677
*See:* CRIMINAL LAW

41.—Foreign Judgments Act, R.S.N.B. 1973, c. F-19, s. 2(c)(ii) ..... 534
*See:* JUDGMENTS AND ORDERS

42.—Heroin Treatment Act, 1978 (B.C.), c. 24 ..... 112
*See:* CONSTITUTIONAL LAW

43.—House of Assembly Act, R.S.N. 1970, c. 159, s. 19 ..... 686
*See:* EVIDENCE

44.—Human Rights Code of British Columbia, 1973 (B.C.), 2nd Sess., c. 119, s. 3 ..... 145
*See:* CIVIL RIGHTS

45.—Immigration Act, 1976, 1976-77 (Can.), c. 52, s. 30(2) ..... 603
*See:* IMMIGRATION

46.—Immigration Act, 1976, 1976-77 (Can.), c. 52, s. 71 ..... 856
*See:* IMMIGRATION

## STATUTES—Continued

47.—Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63 as amended, ss. 212(1)(b), 214(15)(a) ..... 504
*See:* TAXATION

48.—Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 74, 81 ..... 72
*See:* LABOUR RELATIONS

49.—Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 9(4) [as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 48, s. 25(1)] ..... 518
*See:* JURISDICTION

50.—Inquiries Act, R.S.C. 1970, c. I-13, ss. 4, 5 ..... 686
*See:* EVIDENCE

51.—Insurance Act, R.S.B.C. 1960, c. 197, s. 208, Statutory Condition 5(1) ..... 145
*See:* CIVIL RIGHTS

52.—Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 27(7) ..... 72
*See:* LABOUR RELATIONS

53.—Interpretation Act, R.S.O. 1980, c. 219, s. 10 ..... 616
*See:* MUNICIPAL LAW

54.—Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3, s. 20(1),(2) ..... 9
*See:* CONSTITUTIONAL LAW

55.—Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, c. 163, s. 205 ..... 532
*See:* CONSTITUTIONAL LAW

56.—Legal Professions Act, R.S.B.C. 1960, c. 214 (now Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, c. 26), ss. 1, 2(3), 36, 36A, 37, 43, 48(b), 62 ..... 307
*See:* CIVIL RIGHTS

57.—Mining and Mineral Rights Tax Act, 1975, 1975 (Nfld.), c. 68, ss. 2, 5, 7, 9, 10, 12 ..... 260
*See:* CONSTITUTIONAL LAW

58.—Motor Vehicle Act, R.S.N.S. 1967, c. 191, ss. 250, 258(2) ..... 605
*See:* TRIAL

59.—Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1 ..... 112
*See:* CONSTITUTIONAL LAW

60.—Ontario Heritage Act, 1974 (Ont.), c. 122, now R.S.O. 1980, c. 337, ss. 34, 67 ..... 616
*See:* MUNICIPAL LAW

61.—Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, ss. 2, 36, 41 ..... 536
*See:* PATENTS

62.—Police Act, R.S.O. 1970, c. 351, ss. 24(6), 29(2) ..... 709
*See:* LABOUR RELATIONS

63.—Pollution Control Act, 1967 (B.C.), c. 34, ss. 3, 4, 5, 9, 10, 11, 12, 21, 24 ..... 842
*See:* CONSTITUTIONAL LAW

64.—Provincial Court Act, R.S.S. 1978 (Supp.), c. P-30.1, ss. 3, 4 ..... 493
*See:* CRIMINAL LAW

65.—Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 28(3) ..... 604
*See:* LABOUR LAW

## STATUTES—Concluded

66.—Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, ss. 30, 32(c), 35. ..... 587
*See:* LABOUR RELATIONS

67.—Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35, s. 91(1)(b). ..... 604
*See:* LABOUR LAW

68.—Public Utilities Board Act, R.S.A. 1970, c. 302, ss. 2(i),(j), 29, 79(2),(3), 98. ..... 557
*See:* COMPANY LAW

69.—Securities Act, R.S.O. 1970, c. 426, ss. 113, 114... 161
*See:* CONSTITUTIONAL LAW

70.—Senate and House of Commons Act, R.S.C. 1970, c. S-8, ss. 4, 5. ..... 686
*See:* EVIDENCE

71.—Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19 as amended, s. 41. ..... 368
*See:* APPEAL

72.—Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19 as amended, s. 52. ..... 674
*See:* CROWN

73.—Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 37.... 789
*See:* APPEAL

74.—Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 37.... 791
*See:* APPEAL

75.—Undeveloped Mineral Areas Act, R.S.N. 1970, c. 383, s. 8. ..... 260
*See:* CONSTITUTIONAL LAW

## TAXATION

Income tax – Guarantee fees – Non-resident – Withholding tax – International Tax Convention – Domestic Tax Law – Conflict – Whether guarantee fees paid to non-resident bank subject to taxation – Whether the Income Tax can override the provisions of the tax treaty – Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63 as amended, ss. 212(1)(b), 214(15)(a) – Canada-Germany Income Tax Agreement Act, 1956 (Can.), c. 33, s. 3 – Canada-Germany Tax Convention, Articles II(2), III(1), (5).

R. v. MELFORD DEVELOPMENTS INC., 504.

---

## TRIAL

Defences – Mistake – Charge of driving without a licence – Licence revoked for criminal driving offence but reinstated pending appeal – Respondent knew appeal dismissed but not officially notified of revocation following appeal – Absence of *mens rea* – Whether or not charge one of strict liability so importing defence of mistake of fact – Whether or not effect to be given to defence of "officially induced error" – Motor Vehicle Act, R.S.N.S. 1967, c. 191, ss. 250, 258(2).

R. v. MACDOUGALL, 605.

# INDEX

## ADOPTION

Retrait de l'enfant par l'intimé du foyer de ses futurs parents adoptifs pendant la période de probation de six mois – Refus de l'Adoption Appeal Board d'entendre l'appel des parents adoptifs – Y a-t-il lieu à *habeas corpus?* – The Adoption of Children Act, 1972, constitue-t-elle un code complet quant à l'adoption qui, par conséquent, restreindrait la compétence *parens patriae* des cours supérieures? – Examen judiciaire de l'ordonnance du directeur – Injustice – The Adoption of Children Act, 1972, 1972 (Nfld.), chap. 36, art. 11, 11A et 11B – The Child Welfare Act, 1972, 1972 (Nfld.), chap. 37, art. 47.

BESON *et autre* c. DIRECTOR OF CHILD WELFARE (T.-N.), 716.

---

## APPEL

1. Droit criminel – Compétence de la Cour suprême du Canada – Compétence pour entendre un appel formé à l'encontre d'une sentence – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19 et modifications, art. 41 – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 614, 618.

R. c. GARDINER, 368.

2. Requête en intervention rejetée en Cour d'appel – Décision non susceptible d'appel – Requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée – Loi sur un renvoi à la Cour d'appel, 1981 (Qué.), chap. 17, art. 1 – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 37.

ASSOCIATION CANADIENNE-FRANÇAISE DE L'ONTARIO c. PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC *et autre* (*Requête*), 789.

3. Requête en intervention rejetée en Cour d'appel – Décision non susceptible d'appel – Requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée – Loi sur un renvoi à la Cour d'appel, 1981 (Qué.), chap. 17, art. 1 – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 37.

RE: GRAND COUNCIL OF THE CREES (QUÉ.) (*Requête*), 791.

---

## ASSURANCE

Accident d'automobile – Dommages – Contrat d'assurance – Nature de l'indemnité supplémentaire de l'art. 1056c C.c. – Code civil, art. 1056c.

TRAVELERS DU CANADA (COMPAGNIE D'ASSURANCE) c. CORRIVEAU *et autre*, 866.

## BREVETS

Invention – Composés chimiques mélangés à un adjuvant – Découverte d'un usage nouveau à des composés déjà connus – Compositions faites de composés nouveaux – Revendication portant sur les compositions – Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 2, 36, 41.

SHELL OIL CO. C. COMMISSAIRE DES BREVETS, 536.

---

## COALITIONS

1. Barreau d'une province – Restrictions imposées sur la publicité – Applicabilité de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions à ces restrictions – Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 2, 8, 17(1), 32.

JABOUR C. LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA *et autre*, 307.

2. Barreau d'une province – Restrictions imposées sur la publicité – Applicabilité de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions à ces restrictions – Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 2, 8, 17(1), 32.

PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA *et autres* c. LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA *et autre*, 307.

---

## CODE CIVIL

1.—Article 1056c. ..... 866
*Voir:* ASSURANCE

---

## CODE DE PROCÉDURE CIVILE

1.—Articles 33, 846. ..... 888
*Voir:* RELATIONS DE TRAVAIL

2.—Articles 55, 453. ..... 79
*Voir:* PROCÉDURE CIVILE

3.—Articles 68, 454, 456. ..... 79
*Voir:* TRIBUNAUX

---

## COMPÉTENCE

Cour d'appel fédérale – Demande d'examen et d'annulation – Juge agissant en vertu de l'art. 9(4) de la Loi sur les Indiens – Le juge agit-il en sa qualité de juge visé à l'art. 96 ou à titre de *persona designata*? – Rejet du concept de *persona designata* – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 2, 28 – Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap.

## COMPÉTENCE—Fin

I-6, art. 9(4) [modifié par 1974-75-76 (Can.), chap. 48, art. 25(1)].

MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN C. RANVILLE *et autre*, 518.

## CONTRATS

*Non est factum* – Le document signé par les intimés sans le lire est différent de celui décrit – Applicabilité de la défense de *non est factum*.

MARVCO COLOR RESEARCH LTD. C. HARRIS *et autre*, 774.

## COURONNE

1. Contrat – Construction d'un barrage – Soumission basée sur des renseignements incomplets – Erreur sur la nature du sol – Travaux en sus de ceux prévus aux plans et devis – Retards – Coûts supplémentaires – L'entrepreneur peut-il être indemnisé? – Le contrat est-il annulable?

CORPEX (1977) INC. C. LA REINE DU CHEF DU CANADA, 643.

2. Paiement d'intérêt – Couronne condamnée à indemniser un entrepreneur avec intérêt à compter de la date de l'institution de l'action – Nouvelle audition – Jugement modifié – Intérêt payable à compter de la date du jugement de première instance – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 35, 40 – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19 et modifications, art. 52.

CORPEX (1977) INC. C. LA REINE DU CHEF DU CANADA (*Requête et nouvelle audition*), 674.

## DROIT ADMINISTRATIF

Pouvoir discrétionnaire – Licences d'importation exigées par la loi pour les marchandises sur la liste des importations contrôlées – Lignes directrices sur les conditions d'importation – Le Ministre a-t-il le pouvoir discrétionnaire de refuser les licences? – Si oui, le pouvoir discrétionnaire a-t-il été régulièrement exercé? – Loi sur les licences d'exportation et d'importation, S.R.C. 1970, chap. E-17, art. 8.

MAPLE LODGE FARMS LTD. C. GOUVERNEMENT DU CANADA, 2.

## DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Jeunes délinquants – Municipalités – Entretien de l'enfant – Loi fédérale qui autorise une cour à ordonner à une municipalité de payer pour l'entretien d'un jeune délinquant – La disposition est-elle nécessairement accessoire au pouvoir du Parlement en matière de droit criminel? – Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, chap. J-3, art. 20(1),(2) – Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 91(27), 92(8).

MUNICIPALITÉ RÉGIONALE DE PEEL C. MACKENZIE *et autre*, 9.

2. Compétence – Loi provinciale prévoyant le traitement obligatoire des héroïnomanes – La Loi est-elle de la compétence de la province? – Heroin Treatment Act, 1978 (C.-B.), chap. 24 – Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1 – Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, S.R.C. 1970, Appendice II, art. 91, 92.

SCHNEIDER C. LA REINE DU CHEF DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE , 112.

3. Validité d'une loi – Opérations des dirigeants – Dispositions fédérale et provinciale analogues – Les dispositions fédérale et provinciale sont-elles *intra vires*? – La doctrine de la prépondérance s'applique-t-elle? – Loi sur les corporations canadiennes, S.R.C. 1970, chap. C-32 (modifiée par S.R.C. 1970 (1er Supp.), chap. 10, art. 7), art. 100.4, 100.5 – The Securities Act, R.S.O. 1970, chap. 426, art. 113, 114.

MULTIPLE ACCESS LTD. C. MCCUTCHEON *et autres*, 161.

4. Droit fiscal – Taxe directe ou indirecte – Taxes sur le revenu provenant de droits miniers et de l'exploitation de mines – Ces taxes sont-elles *intra vires* de la province? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2), 92(2) – The Mining and Mineral Rights Tax Act, 1975, 1975 (T.-N.), chap. 68, art. 2, 5, 7, 9, 10, 12 – The Undeveloped Mineral Areas Act, R.S.N. 1970, chap. 383, art. 8.

NEWFOUNDLAND AND LABRADOR CORPORATION LTD. *et autre* C. PROCUREUR GÉNÉRAL DE TERRE-NEUVE, 260.

5. Droit criminel – La disposition qui définit l'infraction d'entrave à un agent de la paix est-elle de la compétence de la province? – Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, chap. 163, art. 205 – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. 34 et modifications, art. 118.

ROBAR C. LA REINE, 532.

6. Modification de la Constitution – Projet de modification de la Constitution ayant un effet sur les pouvoirs provinciaux – Québec seule province dissidente – Existe-t-il une règle conventionnelle de l'unanimité? – Le Québec a-t-il un droit de veto conventionnel?

RE: OPPOSITION DU QUÉBEC À UNE RÉSOLUTION POUR MODIFIER LA CONSTITUTION, 793.

7. Compétence – Cours visées par l'art. 96 – Appel des décisions de la Pollution Control Board au lieutenant-gouverneur en conseil ou à la Cour suprême de la Colombie-Britannique – Validité de la décision du lieutenant-gouverneur en conseil prononcée en appel – L'attribution d'une compétence d'appel au lieutenant-gouverneur en conseil est-elle contraire à l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 et de ce fait inconstitutionnelle? – Pollution Control Act, 1967 (B.C.), chap. 34,

## DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

art. 3, 4, 5, 9, 10, 11, 12, 21, 24 – Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.

CAPITAL REGIONAL DISTRICT c. CONCERNED CITIZENS OF BRITISH COLUMBIA *et autres*, 842.

## DROIT CRIMINEL

1. Défense d'aliénation mentale – Hypomanie – Actes que l'accusé savait mauvais – Illusion d'une immunité contre toute peine – L'accusé était-il incapable de juger la nature et la qualité de son acte? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 16.

R. c. ABBEY, 24.

2. Sentence – Infractions relatives à la conduite d'un véhicule automobile – Sentence plus sévère en cas de récidive – Déclarations antérieures de culpabilité relativement à deux infractions nées du même incident – S'agit-il d'une deuxième ou d'une troisième infraction? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 236(1), 236.1.

R. c. SKOLNICK, 47.

3. Vol – Une agence de voyages a reçu des sommes pour l'achat de billets d'avion – Les billets n'ont pas été payés et les clients n'ont reçu ni billet ni remboursement – S'agit-il du vol de sommes payées suivant des instructions?

LOWDEN c. LA REINE, 60.

4. Meurtre – Exposé du juge au jury – Légitime défense – Force excessive – Y avait-il suffisamment d'éléments de preuve pour soumettre le moyen de la légitime défense à l'appréciation du jury? – L'usage de force excessive en légitime défense réduit-il le meurtre à un homicide involontaire coupable? – Application de l'art. 613(1)b)(iii) – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 7, 34, 212, 215, 613(1)b)(iii).

BRISSON c. LA REINE, 227.

5. Exposé du juge au jury – Les erreurs que comporte l'exposé du juge justifient-elles un nouveau procès?

R. c. GEE, 286.

6. Meurtre – Moyens de défense – Justification – La défense «restreinte» d'emploi de force excessive pour empêcher la perpétration d'un acte criminel est-elle un moyen de défense reconnu? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 27, 34.

R. c. GEE, 286.

7. Acte criminel – Plaidoyer de culpabilité – Etablissement de la sentence – Norme de preuve applicable aux circonstances aggravantes contestées.

R. c. GARDINER, 368.

8. Moyens de défense – Provocation policière – Déclaration de culpabilité relativement à une accusation de trafic – La déclaration de culpabilité résulte d'événements provoqués par un agent secret – La défense de provocation policière existe-t-elle et est-elle applicable? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 7(3).

AMATO c. LA REINE, 418.

9. Autrefois acquit – Dénonciations identiques – Premières dénonciations rejetées par le juge de la cour provinciale – Le juge du procès chargé de l'instruction de l'acte d'accusation fondé sur les deuxièmes dénonciations a-t-il erré en rejetant le plaidoyer d'autrefois acquit? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 2, 234(1), 235(2), 440.1, 535(4), 720, 721(2), 734, 735(1), 736(3), 738(1),(3),(4), 739 – The Provincial Court Act, R.S.S. 1978 (Supp.), chap. P-30.1, art. 3, 4.

PETERSEN c. LA REINE, 493.

10. Négligence criminelle dans la mise en service d'un véhicule à moteur – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 233(1)a).

G & N SCHOOL BUS SERVICE INC. ET MINITSOS c. LA REINE, 530.

11. Déclarations de culpabilité – L'intimé a été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable et d'avoir causé illégalement un incendie – Les deux déclarations de culpabilité découlent du même événement – Application du principe de l'arrêt Kienapple et rejet de la déclaration de culpabilité relative à l'infraction secondaire d'avoir causé illégalement un incendie.

R. c. HAGENLOCHER, 531.

12. Sentence – Acte d'accusation de meurtre au premier degré – Verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré rendu sans l'intervention d'un jury – Prolongation par le juge du procès de la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle – Code criminel, art. 671.

BENNETT c. LA REINE, 582.

13. Tentatives – Fraude – Coïncidence de l'*actus reus* et de la *mens rea* – Preuve d'intention – L'accusé a-t-il dépassé la simple préparation? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 24.

DETERING c. LA REINE, 583.

14. Trafic de drogue – Drogue d'usage restreint que contiennent à l'état naturel les «champignons magiques» – L'objet indiqué de la vente est la drogue d'usage restreint – Acquittement prononcé à la fin de la preuve de la poursuite – L'intimé est-il coupable de trafic? – Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 40, 41, 42.

R. c. DUNN, 677.

15. Procédure – Jury – Juré libéré – Sort des accusées non encore confié au jury et aucune preuve faite – Le procès était-il commencé aux fins de l'art. 573 du Code criminel? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 573.

BASARABAS c. LA REINE, 730.

16. Procédure – Jury – Juré libéré – Sort des accusées non encore confié au jury et aucune preuve faite – Le procès était-il

## DROIT CRIMINEL—Suite

## DROIT CRIMINEL—Fin

commencé aux fins de l'art. 573 du Code criminel? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 573.

SPEK C. LA REINE, 730.

17. Preuve – Témoignage d'opinion – Témoins ordinaires – Conduite avec facultés affaiblies – Degré d'ébriété – L'opinion des témoins policiers et des autres témoins sur l'affaiblissement des facultés de l'accusé est-elle recevable? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 234.

GRAAT C. LA REINE, 819.

18. Vol – Abus de confiance criminel – Détournement de sommes détenues en fiducie.

HAMMERLING C. LA REINE, 905.

---

## DROIT DES COMPAGNIES

1. Propriété – Contrôle – Offre de prise de contrôle par une société qui détient pour une autre société de service des filiales de service public réglementées – Union de propriétaires de sociétés de services publics assujettie au consentement de la Commission des services publics – Par définition dans la Loi, propriétaire désigne une personne qui «possède, exploite, dirige ou contrôle» une entreprise de service public – Ordonnance provisoire qui empêche la prise de contrôle – La société qui présente l'offre de prise de contrôle est-elle un propriétaire assujetti à la compétence de la Commission? – The Public Utilities Board Act, R.S.A. 1970, chap. 302, art. 2i),j), 29, 79(2),(3), 98.

ATCO LTD. *et autre* C. CALGARY POWER LTD. *et autres*, 557.

2. Propriété – Contrôle – Offre de prise de contrôle par une société qui détient pour une autre société de service des filiales de service public réglementées – Union de propriétaires de sociétés de services publics assujettie au consentement de la Commission des services publics – Par définition dans la Loi, propriétaire désigne une personne qui «possède, exploite, dirige ou contrôle» une entreprise de service public – Ordonnance provisoire qui empêche la prise de contrôle – La société qui présente l'offre de prise de contrôle est-elle un propriétaire assujetti à la compétence de la Commission? – The Public Utilities Board Act, R.S.A. 1970, chap. 302, art. 2i),j), 29, 79(2),(3), 98.

CANADIAN UTILITIES LTD. *et autres* C. ATCO LTD. *et autres*, 557.

---

## DROIT DU TRAVAIL

Fonction publique – Renvoi au cours de la prolongation de stage – Prolongation de stage nulle et non avenue – L'arbitre a conclu que le congédiement était justifié pour cause de manquement à la discipline – La décision de l'arbitre a-t-elle été rendue dans le cadre de sa compétence? – Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 28(3) – Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-35, art. 91(1)b) – Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique, DORS/67-129, art. 30(2).

## DROIT DU TRAVAIL—Fin

VACHON C. LA REINE DU CHEF DU CANADA, 604.

---

## DROIT FISCAL

Impôt sur le revenu – Frais de garantie – Personne non résidante – Retenue d'impôt – Convention fiscale internationale – Législation fiscale interne – Incompatibilité – Les frais de garantie payés à une banque non résidante sont-ils assujettis à l'impôt? – Les dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu peuvent-elles prévaloir sur celles de la convention fiscale? – Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63 et modifications, art. 212(1)b), 214(15)a) – Loi de 1956 sur un accord entre le Canada et l'Allemagne en matière d'impôt sur le revenu, 1956 (Can.), chap. 33, art. 3 – Convention fiscale entre le Canada et la République fédérale d'Allemagne, articles II(2), III(1), (5).

R. C. MELFORD DEVELOPMENTS INC., 504.

---

## DROIT MATRIMONIAL

Partage des biens familiaux et des biens autres que familiaux – Fiducie virtuelle – Fiducie présumée – Loi sur la réforme du droit familial, 1978 (Ont.), chap. 2, art. 4, 8.

LEATHERDALE C. LEATHERDALE, 743.

---

## DROIT MUNICIPAL

Edifice historique – Demande de démolition – La loi exige le consentement de la municipalité – Consentement présumé en l'absence d'un avis de la décision dans les quatre-vingt-dix jours de la demande – Les appelants n'ont pas reçu l'avis officiel mais connaissaient le refus – Démolition partielle fondée sur le consentement présumé – La loi a-t-elle pour effet de conférer aux appelants le droit de démolir? – The Ontario Heritage Act, 1974 (Ont.), chap. 122, maintenant R.S.O. 1980, chap. 337, art. 34, 67 – Interpretation Act, R.S.O. 1980, chap. 219, art. 10.

EGLISE LUTHÉRIENNE ÉVANGÉLIQUE ST. PETER D'OTTAWA C. VILLE D'OTTAWA *et autre*, 616.

---

## FAILLITE

Contrat – Entrepreneur et sous-entrepreneur – Clause autorisant l'entrepreneur à payer directement les créanciers du sous-traitant – Paiement par l'entrepreneur après la faillite du sous-traitant – Une telle clause est-elle applicable après la date de la faillite? – A-t-elle pour effet de libérer l'entrepreneur vis-

## FAILLITE—Fin

à-vis du syndic? – Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 47, 50, 112.

A.N. BAIL CO. LTÉE. c. GINGRAS *et autre*, 475.

## IMMIGRATION

1. Enquête – Personne non admissible – Condamnations à l'étranger – Preuve – Photocopie d'un jugement d'une cour d'un pays étranger – Ordonnance d'expulsion – Les documents qui établissent les condamnations criminelles à l'étranger sont-ils conformes au par. 23(1) de la Loi sur la preuve au Canada? – Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 23(1) – Loi sur l'immigration de 1976, 1976-77 (Can.), chap. 52, art. 30(2).

ARNOW c. MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION, 603.

2. Réfugié au sens de la Convention – Critère applicable au réexamen du statut de réfugié – Loi sur l'immigration de 1976, 1976-77 (Can.), chap. 52, art. 71.

KWIATKOWSKY c. MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION, 856.

## JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Exécution d'un jugement étranger – Validité d'un jugement étranger fonction de la reconnaissance volontaire par l'intimée de la compétence du tribunal étranger – La requête en rejet pour défaut de compétence est la seule procédure offerte, dans un tribunal étranger, à une partie qui ne reconnaît pas sa compétence – Rejet de la requête et jugement par défaut prononcé par la suite – L'action de l'intimée est-elle suffisante pour justifier que le jugement étranger ne soit pas exécuté? – Loi sur les jugements étrangers, S.R.N.-B. 1973, chap. F-19, art. 2c)(ii).

DOVENMUEHLE, INC. c. THE ROCCA GROUP INC., 534.

## LETTRES DE CHANGE

Personne fictive – Endossement de la preneuse (une personne réelle) contrefait par le tireur – L'intention du tireur était que la preneuse n'encaisse pas le chèque – La preneuse est-elle une personne fictive? – La banque est-elle responsable? – Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1970, chap. B-5, art. 21(5), 49(1).

FOK CHEONG SHING INVESTMENTS CO. LTD. c. BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE, 488.

## LIBERTÉS PUBLIQUES

1. Résiliation d'une police d'assurance sans motif – Analyse de risque faite par suite de rapports de presse relatifs au trafic de drogue – Résiliation faite selon la procédure prévue par la loi – La résiliation constitue-t-elle, en contravention du Human Rights Code, un refus de fournir un service habituellement offert au public? – Human Rights Code of British Columbia, 1973 (B.C.), 2nd Sess., chap. 119, art. 3 – Insurance Act, R.S.B.C. 1960, chap. 197, art. 208, clause légale 5(1).

INSURANCE CORPORATION OF BRITISH COLUMBIA c. HEERSPINK *et autre*, 145.

2. Liberté d'expression – Restrictions imposées par un barreau sur la publicité – Les restrictions ont-elles été imposées en vertu d'une loi provinciale valide? – La restriction du droit d'un membre de faire de la publicité constitue-t-elle une violation du droit à la liberté d'expression? – Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 2, 8, 17(1), 32 – Legal Professions Act, R.S.B.C. 1960, chap. 214 (maintenant la Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, chap. 26), art. 1, 2(3), 36, 36A, 37, 43, 48b), 62.

JABOUR c. LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA *et autre*, 307.

3. Liberté d'expression – Restrictions imposées par un barreau sur la publicité – Les restrictions ont-elles été imposées en vertu d'une loi provinciale valide? – La restriction du droit d'un membre de faire de la publicité constitue-t-elle une violation du droit à la liberté d'expression? – Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 2, 8, 17(1), 32 – Legal Professions Act, R.S.B.C. 1960, chap. 214 (maintenant la Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, chap. 26), art. 1, 2(3), 36, 36A, 37, 43, 48b), 62.

PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA *et autres* c. LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA *et autre*, 307.

## LOIS

1.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 91(27), 92(8). ..... 9
*Voir:* DROIT CONSTITUTIONNEL

2.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, S.R.C. 1970, Appendice II, art. 91, 92. ..... 112
*Voir:* DROIT CONSTITUTIONNEL

3.—Adoption of Children Act, 1972, 1972 (Nfld.), chap. 36, art. 11, 11A et 11B. ..... 716
*Voir:* ADOPTION

4.—Child Welfare Act, 1972, 1972 (Nfld.), chap. 37, art. 47. ..... 716
*Voir:* ADOPTION

5.—Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1 [modifié par 1972 (Can.), chap. 18], art. 107(1), 118p).... 72
*Voir:* RELATIONS DE TRAVAIL

6.—Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1 (modifié par 1972 (Can.), chap. 18, art. 1), art. 156, 157, 159, 160(5) ..... 888
*Voir:* RELATIONS DE TRAVAIL

## LOIS—Suite


7.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 16..... 24
*Voir:* DROIT CRIMINEL

8.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 236(1), 236.1..... 47
*Voir:* DROIT CRIMINEL

9.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 283, 290, 292, 294, 618..... 60
*Voir:* TRIBUNAUX

10.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 7, 34, 212, 215, 613(1)b)(iii)..... 227
*Voir:* DROIT CRIMINEL

11.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 27, 34..... 260
*Voir:* DROIT CRIMINEL

12.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 614, 618..... 368
*Voir:* APPEL

13.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 7(3)..... 418
*Voir:* DROIT CRIMINEL

14.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 2, 234(1), 235(2), 440.1, 535(4), 720, 721(2), 734, 735(1), 736(3), 738(1),(3),(4), 739..... 493
*Voir:* DROIT CRIMINEL

15.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 233(1)a)..... 530
*Voir:* DROIT CRIMINEL

16.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 118..... 532
*Voir:* DROIT CONSTITUTIONNEL

17.—Code criminel, art. 671..... 582
*Voir:* DROIT CRIMINEL

18.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 24.. 583
*Voir:* DROIT CRIMINEL

19.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 573. 730
*Voir:* DROIT CRIMINEL

20.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 234..... 819
*Voir:* DROIT CRIMINEL

21.—Heroin Treatment Act, 1978 (C.-B.), chap. 24..... 112
*Voir:* DROIT CONSTITUTIONNEL

22.—House of Assembly Act, R.S.N. 1970, chap. 159, art. 19..... 686
*Voir:* PREUVE

23.—Human Rights Code of British Columbia, 1973 (B.C.), 2nd Sess., chap. 119, art. 3..... 145
*Voir:* LIBERTÉS PUBLIQUES

24.—Insurance Act, R.S.B.C. 1960, chap. 197, art. 208, clause légale 5(1)..... 145
*Voir:* LIBERTÉS PUBLIQUES

25.—Interpretation Act, R.S.O. 1980, chap. 219, art. 10..... 616
*Voir:* DROIT MUNICIPAL


## LOIS—Suite


26.—Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, chap. 163, art. 205..... 532
*Voir:* DROIT CONSTITUTIONNEL

27.—Legal Professions Act, R.S.B.C. 1960, chap. 214 (maintenant la Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, chap. 26), art. 1, 2(3), 36, 36A, 37, 43, 48b), 62..... 307
*Voir:* LIBERTÉS PUBLIQUES

28.—Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2), 92(2)..... 260
*Voir:* DROIT CONSTITUTIONNEL

29.—Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2), 91(27), 92(15), 96, 100, 101..... 307
*Voir:* TRIBUNAUX

30.—Loi constitutionnelle de 1867, art. 96..... 842
*Voir:* DROIT CONSTITUTIONNEL

31.—Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 27(7)..... 72
*Voir:* RELATIONS DE TRAVAIL

32.—Loi de 1956 sur un accord entre le Canada et l'Allemagne en matière d'impôt sur le revenu, 1956 (Can.), chap. 33, art. 3..... 504
*Voir:* DROIT FISCAL

33.—Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63 et modifications, art. 212(1)b), 214(15)a)..... 504
*Voir:* DROIT FISCAL

34.—Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 40, 41, 42..... 677
*Voir:* DROIT CRIMINEL

35.—Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 2, 8, 17(1), 32..... 307
*Voir:* COALITIONS

36.—Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 2, 8, 17(1), 32..... 307
*Voir:* LIBERTÉS PUBLIQUES

37.—Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, chap. P-25, art. 30, 32*c*), 35. 587
*Voir:* RELATIONS DE TRAVAIL

38.—Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 28(3)..... 604
*Voir:* DROIT DU TRAVAIL

39.—Loi sur l'immigration de 1976, 1976-77 (Can.), chap. 52, art. 30(2)..... 603
*Voir:* IMMIGRATION

40.—Loi sur l'immigration de 1976, 1976-77 (Can.), chap. 52, art. 71..... 856
*Voir:* IMMIGRATION

41.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2$^{e}$ Supp.), chap. 10, art. 2, 17, 18..... 307
*Voir:* TRIBUNAUX

42.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2$^{e}$ Supp.), chap. 10, art. 2, 28..... 518
*Voir:* COMPÉTENCE

## LOIS—Suite

43.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 35, 40.... 674
*Voir:* COURONNE

44.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 41.... 686
*Voir:* PREUVE

45.—Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19 et modifications, art. 41.... 368
*Voir:* APPEL

46.—Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19 et modifications, art. 52.... 674
*Voir:* COURONNE

47.—Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 37.... 789
*Voir:* APPEL

48.—Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 37.... 791
*Voir:* APPEL

49.—Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 47, 50, 112.... 475
*Voir:* FAILLITE

50.—Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 23(1).... 603
*Voir:* IMMIGRATION

51.—Loi sur la réforme du droit familial, 1978 (Ont.), chap. 2, art. 4, 8.... 743
*Voir:* DROIT MATRIMONIAL

52.—Loi sur le Sénat et la Chambre des communes, S.R.C. 1970, chap. S-8, art. 4, 5.... 686
*Voir:* PREUVE

53.—Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 2, 36, 41.... 536
*Voir:* BREVETS

54.—Loi sur les corporations canadiennes, S.R.C. 1970, chap. C-32 (modifiée par S.R.C. 1970 (1er Supp.), chap. 10, art. 7), art. 100.4, 100.5.... 161
*Voir:* DROIT CONSTITUTIONNEL

55.—Loi sur les corporations canadiennes, S.R.C. 1970, chap. C-32, modifiée par S.R.C. 1970 (1er Supp.), chap. 10, art. 114(2), (10).... 686
*Voir:* PREUVE

56.—Loi sur les enquêtes, S.R.C. 1970, chap. I-13, art. 4, 5.... 686
*Voir:* PREUVE

57.—Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 74, 81.... 72
*Voir:* RELATIONS DE TRAVAIL

58.—Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 9(4) [modifié par 1974-75-76 (Can.), chap. 48, art. 25(1)].... 518
*Voir:* COMPÉTENCE

## LOIS—Suite

59.—Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, chap. J-3, art. 20(1),(2).... 9
*Voir:* DROIT CONSTITUTIONNEL

60.—Loi sur les jugements étrangers, S.R.N.-B. 1973, chap. F-19, art. 2c)(ii).... 534
*Voir:* JUGEMENTS ET ORDONNANCES

61.—Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1970, chap. B-5, art. 21(5), 49(1).... 488
*Voir:* LETTRES DE CHANGE

62.—Loi sur les licences d'exportation et d'importation, S.R.C. 1970, chap. E-17, art. 8.... 2
*Voir:* DROIT ADMINISTRATIF

63.—Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-35, art. 91(1)b).... 604
*Voir:* DROIT DU TRAVAIL

64.—Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1.... 112
*Voir:* DROIT CONSTITUTIONNEL

65.—Loi sur un renvoi à la Cour d'appel, 1981 (Qué.), chap. 17, art. 1.... 789
*Voir:* APPEL

66.—Loi sur un renvoi à la Cour d'appel, 1981 (Qué.), chap. 17, art. 1.... 791
*Voir:* APPEL

67.—Mining and Mineral Rights Tax Act, 1975, 1975 (T.-N.), chap. 68, art. 2, 5, 7, 9, 10, 12.... 260
*Voir:* DROIT CONSTITUTIONNEL

68.—Motor Vehicle Act, R.S.N.S. 1967, chap. 191, art. 250, 258(2).... 605
*Voir:* PROCÈS

69.—Ontario Heritage Act, 1974 (Ont.), chap. 122, maintenant R.S.O. 1980, chap. 337, art. 34, 67.... 616
*Voir:* DROIT MUNICIPAL

70.—Police Act, R.S.O. 1970, chap. 351, art. 24(6), 29(2).... 709
*Voir:* RELATIONS DE TRAVAIL

71.—Pollution Control Act, 1967 (B.C.), chap. 34, art. 3, 4, 5, 9, 10, 11, 12, 21, 24.... 842
*Voir:* DROIT CONSTITUTIONNEL

72.—Provincial Court Act, R.S.S. 1978 (Supp.), chap. P-30.1, art. 3, 4.... 493
*Voir:* DROIT CRIMINEL

73.—Public Utilities Board Act, R.S.A. 1970, chap. 302, art. 2i),j), 29, 79(2),(3), 98.... 557
*Voir:* DROIT DES COMPAGNIES

74.—Securities Act, R.S.O. 1970, chap. 426, art. 113, 114.... 161
*Voir:* DROIT CONSTITUTIONNEL

75.—Undeveloped Mineral Areas Act, R.S.N. 1970, chap. 383, art. 8.... 260
*Voir:* DROIT CONSTITUTIONNEL

## PRATIQUE

Requête en nouvelle audition – Nouvelle audition – Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 51.

CORPEX (1977) INC. C. LA REINE DU CHEF DU CANADA (*Requête et nouvelle audition*), 674.

## PREUVE

1. Ouï-dire – Le juge du procès a-t-il commis une erreur en traitant comme des faits les éléments de preuve par ouï-dire sur lesquels était fondée l'opinion de l'expert?

R. C. ABBEY, 24.

2. Privilège de la Couronne – Enquête publique fédérale – Commission sur les pratiques restrictives du commerce – *Subpoena* délivré à un ancien ministre – Preuve orale et preuve littérale – Secret des délibérations du Cabinet – Un ancien ministre est-il obligé de témoigner? – Règle de l'«immunité relative» – Loi sur les corporations canadiennes, S.R.C. 1970, chap. C-32, modifiée par S.R.C. 1970 (1er Supp.), chap. 10, art. 114(2),(10) – Loi sur les enquêtes, S.R.C. 1970, chap. I-13, art. 4, 5 – The House of Assembly Act, R.S.N. 1970, chap. 159, art. 19 – Loi sur le Sénat et la Chambre des communes, S.R.C. 1970, chap. S-8, art. 4, 5 – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 41.

SMALLWOOD C. SPARLING, 686.

## PROCÉDURE CIVILE

Requête en jugement déclaratoire – Contrat – Difficulté de droit réelle – Difficulté due à l'acte d'un tiers – Intérêt requis pour se prévaloir du recours déclaratoire – Exception de litispendance – Code de procédure civile, art. 55, 453.

R. (T.-N.) ET CHURCHILL FALLS (LABRADOR) CORPORATION LTÉE. C. COMMISSION HYDRO-ELECTRIQUE DE QUÉBEC, 79.

## PROCÈS

Moyens de défense – Erreur – Accusation d'avoir conduit un véhicule automobile sans permis – Permis révoqué par suite d'une infraction criminelle relative à la conduite d'un véhicule automobile et rétabli en attendant l'issue de l'appel – L'intimé savait que l'appel avait été rejeté, mais n'a pas reçu d'avis officiel de révocation après la décision rendue en appel – Absence de *mens rea* – S'agit-il d'une accusation de responsabilité stricte de sorte qu'il y a lieu d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'erreur de fait? – Y a-t-il lieu de retenir le moyen de défense d'«erreur provoquée par un fonctionnaire»? – Motor Vehicle Act, R.S.N.S. 1967, chap. 191, art. 250, 258(2).

R. C. MACDOUGALL, 605.

## RELATIONS DE TRAVAIL

1. Accréditation – Employeur – Conseil canadien des relations du travail – Compétence – Le conseil de la bande indienne est-il un employeur au sens du Code canadien du travail? – Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1 [modifié par 1972 (Can.), chap. 18], art. 107(1), 118p) – Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 74, 81 – Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 27(7).

ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA C. FRANCIS *et autres*, 72.

2. Fonction publique – Convention collective – Applicabilité de certaines clauses de la convention aux étudiants embauchés pour l'été – Effet à donner aux mots «employé» et «personne» qui figurent dans ces clauses – Effet de la Loi relative aux relations de travail dans les services publics sur la convention – Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, chap. P-25, art. 30, 32*c*), 35.

SYNDICAT CANADIEN DE LA FONCTION PUBLIQUE *et autre* C. LA REINE DU CHEF DU NOUVEAU-BRUNSWICK, 587.

3. Police – Convention collective – Disposition qui accorde le droit au remboursement des frais légaux – «Condition de travail» au sens de l'art. 29(2) de The Police Act – L'article 24(6) accorde aux municipalités le pouvoir discrétionnaire de payer les frais légaux – La disposition est-elle exclue de la convention collective en raison de l'application de l'art. 24(6)? – The Police Act, R.S.O. 1970, chap. 351, art. 24(6), 29(2).

DURHAM REGIONAL POLICE ASSOCIATION C. DURHAM REGIONAL BOARD OF COMMISSIONERS OF POLICE, 709.

4. Convention collective négociée en vertu du Code canadien du travail – Nomination d'un arbitre pour décider d'un grief – L'arbitre constitue-t-il un tribunal statutaire au sens de l'art. 846 C.p.c.? – Critères pour déterminer si un tribunal est statutaire – Excès de juridiction – Bref d'évocation – Code de procédure civile, art. 33, 846 – Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1 (modifié par 1972 (Can.), chap. 18, art. 1), art. 156, 157, 159, 160(5).

ROBERVAL EXPRESS LTÉE C. UNION DES CHAUFFEURS DE CAMIONS, HOMMES D'ENTREPÔTS ET AUTRES OUVRIERS, LOCAL 106, *et autres*, 888.

## TRIBUNAUX

1. Cour suprême du Canada – Compétence – Compétence limitée à des questions de droit – Pourvoi de plein droit à l'encontre d'un jugement d'une cour d'appel avec une dissidence – L'opinion dissidente porte-t-elle sur une question de droit ou sur une question de fait? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 283, 290, 292, 294, 618.

LOWDEN C. LA REINE, 60.

2. Juridiction – Contrat – Clause attributive de juridiction aux tribunaux québécois – Requête en jugement déclaratoire

## TRIBUNAUX—Suite

intentée au Québec – Terre-Neuve non partie au contrat – Tribunaux québécois sans juridiction face à Terre-Neuve – Code de procédure civile, art. 68, 454, 456.

R. (T.-N.) ET CHURCHILL FALLS (LABRADOR) CORPORATION LTÉE. C. COMMISSION HYDRO-ELECTRIQUE DE QUÉBEC, 79.

3. Compétence – Cours supérieures des provinces – Pouvoir de déclarer une loi fédérale *ultra vires* – Nature des pouvoirs exclusifs de la Cour fédérale (Division de première instance) de délivrer des injonctions et de rendre des jugements déclaratoires – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2), 91(27), 92(15), 96, 100, 101 – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 2, 17, 18.

JABOUR C. LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA *et autre*, 307.

## TRIBUNAUX—Fin

4. Compétence – Cours supérieures des provinces – Pouvoir de déclarer une loi fédérale *ultra vires* – Nature des pouvoirs exclusifs de la Cour fédérale (Division de première instance) de délivrer des injonctions et de rendre des jugements déclaratoires – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2), 91(27), 92(15), 96, 100, 101 – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 2, 17, 18.

PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA *et autres* C. LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA *et autre*, 307.

5. *Stare decisis* – Arrêt antérieur non suivi.

MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN C. RANVILLE *et autre*, 518.